



HAL
open science

L'analyse économique des litiges individuels du travail

Eve-Angéline Lambert

► **To cite this version:**

Eve-Angéline Lambert. L'analyse économique des litiges individuels du travail. Economies et finances. Université Nancy 2, 2008. Français. NNT : 2008NAN20009 . tel-01752718

HAL Id: tel-01752718

<https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01752718>

Submitted on 29 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License



AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

L'analyse économique des litiges individuels du travail

Thèse présentée
à la Faculté de Droit, Sciences Economiques et Gestion de Nancy-Université
dans le cadre du programme de doctorat en Économie
pour l'obtention du grade de Docteur en Économie

MEMBRES DU JURY

Bruno Deffains	Professeur à l'Université Paris X - Nanterre – Directeur de thèse
Eve Caroli	Professeur à l'Université Paris X - Nanterre
David Masclet	Chargé de Recherches au CNRS, CREM
Roger Van den Bergh	Professeur à l'Université Erasmus de Rotterdam, Pays-Bas – Rapporteur
Etienne Wasmer	Professeur des Universités à SciencesPo, Paris – Rapporteur

Soutenue publiquement le 28 novembre 2008

Faculté de Droit, Sciences Economiques et Gestion
NANCY-UNIVERSITÉ

Nancy-Université
 Université Nancy 2

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Je tiens d'abord à remercier les membres du jury pour avoir accepté de juger mon travail ; vous compterez parmi les très rares lecteurs de l'intégralité de cette thèse. Merci en particulier à Roger Van den Bergh et Etienne Wasmer de m'avoir fait l'honneur d'en être les rapporteurs. Merci également à Eve Caroli et David Masclet d'avoir accepté de participer au jury.

M. Deffains, vous m'avez toujours répété que la thèse était le meilleur moment de la vie d'un chercheur et qu'il fallait en profiter. Si j'admets volontiers que durant ces dernières années, ma vie professionnelle est loin d'avoir été dépourvue d'un certain épanouissement, j'avoue néanmoins que voir cette période de ma vie s'achever ne me sera pas aussi douloureux que j'aurais pu le penser en vous écoutant... Je tiens à vous remercier d'abord pour la confiance que vous m'avez accordée en acceptant de diriger ma thèse. Je vous remercie ensuite pour votre soutien, vos précieux conseils et votre bonne humeur permanente. Je n'aurais pu rêver meilleures conditions pour effectuer ce travail.

Je tiens ensuite à remercier les personnes que j'ai eu la chance de rencontrer durant ces années et qui n'ont pas hésité à me faire bénéficier de leurs compétences, avec une patience et une sympathie inégalables. Je pense en particulier à Nicolas Jacquemet, Yannick Gabuthy, au contact desquels j'ai tant appris, aussi bien sur le plan scientifique que sur le monde universitaire, ainsi qu'à Sandrine Spaëter-Loehrer, Samuel Ferey et Kene Boun My pour leur aide précieuse. Merci également à Claude Fluet et Dominique

Demougin pour leurs conseils qui m'ont permis de tirer le meilleur parti possible de mon travail.

Par ailleurs, mes pensées vont aux membres du BETA qui m'ont permis d'évoluer dans une ambiance de travail agréable. Je pense en particulier à Cécile Bourreau-Dubois, Myriam Doriat-Duban, Sabine Chaupain-Guillot ainsi qu'aux doctorants actuels du BETA. Une pensée particulière pour mes amis de galère, François-Xavier Borsi et Olivier Damette, grâce auxquels j'ai pu m'échapper par nombre de fous rires des moments les plus difficiles de ma thèse. Un grand merci à mon amie Sylviane Untereiner, qui a été ma principale confidente, et pas uniquement concernant le travail : discuter avec toi presque quotidiennement m'aidait à relativiser et à me rappeler qu'il y avait un monde extérieur en dehors de la thèse.

Tout au long de mon parcours, le soutien de ma famille m'a été précieux. Merci en particulier à mes parents et à mes soeurs, pour leur soutien inconditionnel, leur inégalable confiance en moi et leurs mots toujours encourageants et positifs, à leur image. Je me permets un petit clin d'oeil en espérant que voir le titre de ma thèse imprimé noir sur blanc leur permettra de se le rappeler une bonne fois pour toutes. Merci également à Liliane de s'être toujours souciee de mon bien-être professionnel et d'avoir cru en moi.

Enfin, je ne peux clore ces remerciements sans penser à toi, Yannick. Mais résumer ce que je te dois en quelques lignes ne pourrait être qu'indécent, c'est pourquoi je préfère ne pas commencer et te dédicacer une phrase qui me touche. Ça aurait pu être *Carpe Diem* pour les raisons que tu sais, mais j'en ai finalement choisi une autre, moins classique, et dont je te laisse deviner l'auteur : "Les folies sont les seules choses qu'on ne regrette jamais".

Résumé

La protection de l'emploi se définit comme la réglementation encadrant les règles d'embauche et les modalités de licenciement des salariés et trouve ses sources dans la législation, les négociations collectives ou encore les décisions de justice. Depuis une quinzaine d'années, une vaste littérature macroéconomique a investi les effets de la protection de l'emploi sur les performances du marché du travail, ou plus précisément les effets des modalités de licenciement sur le taux d'emploi, la durée et le taux de chômage. Des travaux plus récents commencent à mettre en relief d'autres conséquences de la protection de l'emploi, à savoir ses répercussions en termes d'incitations sur le comportement des individus : confrontés à une certaine réglementation de l'emploi en matière de licenciement, les agents économiques s'adaptent, réagissent et adoptent des comportements stratégiques.

Cette thèse s'inscrit dans l'ensemble de ces travaux en explorant les incitations individuelles générées par la législation du travail. En effet, le droit du travail relatif au licenciement et sa mise en uvre par les tribunaux ont des conséquences sur le comportement des parties à la relation de travail et ce, à plusieurs niveaux. D'une part, les modalités de licenciement ont un impact ex ante sur les niveaux d'investissements respectifs de l'employeur et du salarié au sein de leur relation : en effet, la façon dont les tribunaux jugent un litige consécutif à un licenciement et notamment les éléments pris en compte dans leurs décisions exercent une influence sur les incitations des parties à réaliser des investissements spécifiques. Ainsi, l'analyse présentée montre notamment de quels éléments d'ordre économique et social les juges devraient tenir compte si l'objectif

recherché est la maximisation des niveaux des investissements choisis par les parties. D'autre part, la structure des procédures judiciaires a également une incidence sur le comportement des individus une fois le litige déclenché entre les deux parties. En effectuant des comparaisons entre plusieurs systèmes de résolution des litiges au moyen d'outils théoriques et d'une analyse expérimentale, cette thèse participe aux débats juridiques actuels portant sur la capacité des procédures à générer le maximum d'accords, permettant la réduction des dépenses de justice.

Mots-clés : Relations de travail, Conflit, Négociation, Système judiciaire, Modes alternatifs de résolution des litiges, Investissement, Economie expérimentale.

Abstract

Employment protection refers both to regulations governing hiring and firing rules and finds its sources in legislation, collectively bargained conditions or customary practice. For about fifteen years, a large macroeconomic literature has studied the impact of employment protection on the labor market's performances, or more precisely the effects of firing rules on the employment rate, the unemployment duration and rate. More recent works begin to emphasize other consequences of employment protection, i.e. its effects in terms of incentives on the behavior of individuals : facing a given legislation in terms of dismissal, economic agents adapt themselves, react and tend to adopt a strategic behavior.

This thesis is related to this literature by exploring the individual incentives generated by labor law. Indeed, labor law related to firing and its enforcement by the courts have consequences on the behavior of parties to a labor relationship at several levels. On one hand, dismissal laws have an impact ex ante on the respective investment levels of employers and workers within their relationship : indeed, the way courts adjudicate a dispute due to a dismissal and notably the elements which are taken into account in their decisions have an impact on the incentives of parties to make specific investments. Thus, the theoretical analysis which is displayed shows what economic and social elements judges should take into account if their objective is the maximization of investment levels chosen by both parties. On the other hand, the design of judicial procedures also has an impact of the behavior of agents once the conflict has begun between the parties. By leading comparisons between several disputes' resolution sys-

tems thanks to theoretical tools and an experimental analysis, this thesis participates to current legal debates over the ability of procedures to generate as many agreements as possible, allowing for the reduction of judicial costs.

Key words : Labor relationships, Conflict, Negotiation, Judiciary, Alternative Dispute Resolution, Investment, Experimental Economics.

A mes parents.

Sommaire

Introduction générale	1
1 Droit du travail, licenciement individuel et incitations	13
1.1 La détermination des indemnités de licenciement	16
1.2 Les effets des indemnités de licenciement	32
1.3 Conclusion	53
Annexes	55
2 Litiges du travail, décisions d'investissement et système judiciaire	59
2.1 Littérature	62
2.2 La relation entre investissements spécifiques et système judiciaire . . .	68
2.3 Conclusion	83
Annexes	86
3 Litiges du travail, procès en appel et incitations des parties	91
3.1 Littérature relative au processus d'appel	97
3.2 Littérature relative aux conflits juridiques	102
3.3 Le modèle de Yaari	106
3.4 Modèle théorique et résultats	109
3.5 Conclusion	123
Annexes	125
4 Le rôle de la propension à négocier dans la résolution des litiges	127
4.1 Arguments et débats juridiques	133
4.2 Modèle théorique général	136
4.3 Le protocole expérimental	144
4.4 Prédications et conjectures théoriques	148
4.5 Résultats expérimentaux	156
4.6 Conclusion	169

Annexes	172
Conclusion générale	183
Bibliographie	189
Table des matières	199

Introduction Générale

“Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought. [...] The primary subject of the principles of social justice is the basic structure of society, the arrangement of major social institutions into one scheme of cooperation.” John Rawls (1971), *A Theory of Justice*, p.3 et 54.

Le Préambule de la Constitution de 1946, repris en 1958, énonce le “droit d’obtenir un emploi” au nom de la justice. Cette affirmation témoigne du lien étroit qu’entretiennent le travail et la justice, qui “forment un couple encore très jeune” mais “d’une légitimité indiscutable” (Le Goff, 2005). Ces deux concepts ne sont liés que depuis une période assez récente. En effet, alors que des relations de travail sont apparues très tôt dans l’Histoire, la justice n’est intervenue que tardivement dans ces relations.

Dans le domaine des relations de travail, la protection de l’emploi au sens large, qui se définit comme l’ensemble des règles encadrant l’embauche et le licenciement de salariés et qui regroupe à la fois la législation, les conventions collectives et la jurisprudence, s’est développée en France principalement à partir du 19^{ème} siècle. De façon générale, celle-ci trouve sa justification première dans la volonté d’améliorer les conditions d’emploi et d’accroître le bien-être des travailleurs. En ce sens, aujourd’hui, personne ne conteste le caractère indispensable d’une protection des salariés, comme en attestent les rapports

réguliers de la Banque Mondiale et de l'OCDE (Organisation de Coopération et de Développement Economiques) : le droit du travail et les institutions judiciaires assurant sa bonne application sont indispensables à l'émergence de relations de travail efficaces et de fait, au développement et à la croissance économiques. Plus précisément, la législation sur la protection de l'emploi (LPE) sert deux objectifs distincts : le premier, qui consiste à faire respecter les droits individuels, en protégeant les salariés contre des ruptures du contrat de travail qui seraient liées à des motifs personnels, tels que le sexe, l'origine ou l'appartenance syndicale, génère un consensus. Le second aspect de la LPE, consistant à influencer le fonctionnement de l'économie, trouve quatre justifications distinctes : "Elle accroît l'emploi car elle diminue les destructions d'emploi ; elle stabilise l'emploi et réduit ainsi les risques encourus par les salariés ; elle renforce le pouvoir de négociation des salariés en favorisant ainsi une répartition plus équitable du revenu ; elle permet de conserver des emplois dont la valeur privée est négative mais la valeur sociale est positive en contribuant ainsi à préserver le tissu social, notamment dans les régions défavorisées" (Cahuc (2003), p.18). Ces justifications, dans la pratique, sont pour la plupart sujettes à débats puisque comme le note Cahuc (2003), les résultats empiriques sont loin de valider de façon unanime l'atteinte de ces objectifs. Ainsi, sur le premier point par exemple, si la protection de l'emploi réduit effectivement les destructions d'emplois, il n'est pas possible de conclure que la LPE augmente l'emploi puisqu'en contrepartie, le nombre de créations d'emplois est également réduit. Certaines études tendraient à montrer au contraire que la protection de l'emploi réduirait le taux d'emploi (Lazear, 1990) et globalement, la LPE aurait un effet négatif sur l'emploi, davantage marqué pour certaines catégories de la population telles que les jeunes, les femmes et les travailleurs âgés (Autor *et al.*, 2004). Par ailleurs, concernant le pouvoir économique des salariés, il apparaît que les indemnités de licenciement influenceraient la relation entre le salaire et l'ancienneté, en permettant aux salariés les plus anciens d'être d'autant plus agressifs dans leurs revendications salariales que les coûts des licenciements sont élevés (Cahuc et Zylberberg, 2000) ; le problème est que ces salaires élevés en fin de carrière auraient pour contrepartie des salaires faibles en début de carrière. A ce titre, le pouvoir économique des salariés n'est pas protégé par la LPE pour tous les types de

salariés. D'autres types d'arguments viennent compléter ces remises en question de la LPE quant à son impact sur le marché du travail¹.

En dehors des débats sur les effets macroéconomiques de la protection de l'emploi, d'autres questions liées au système judiciaire, qui constitue l'un des piliers de la protection de l'emploi, et à son rôle dans les litiges du travail commencent à émerger. Comme tout ce qui relève du droit, la protection de l'emploi est opposable par tous les salariés qui peuvent l'utiliser comme un moyen de défense lorsqu'ils estiment que leurs droits ont été bafoués. A ce titre, l'apparition d'une protection du travail par le droit a parallèlement donné lieu à la naissance de conflits dans les relations de travail : en effet, un salarié n'ayant aucun droit, n'étant protégé par aucune législation, ne disposerait d'aucun moyen d'action s'il estimait avoir été victime d'une injustice et aucune contestation fondée ne pourrait alors survenir. Ainsi, les règles juridiques qui se sont développées dans tous les pays industrialisés depuis la fin du 19ème siècle ont par la même occasion donné la possibilité aux salariés d'exprimer leurs revendications.

En raison de ce développement des litiges dans le domaine du travail, des instances chargées d'administrer ce type de litiges se sont créées dans la plupart des pays industrialisés. En France, les premiers Conseils de prud'hommes (CPH) sont nés au 13ème siècle, mais ils n'avaient alors pour ambition que de régler les litiges entre les marchands et les fabricants, ce qui relèverait aujourd'hui davantage du droit commercial que du droit du travail. Ainsi, ce n'est qu'au 19ème siècle que les Conseils de prud'hommes destinés à gérer les conflits entre patrons et ouvriers se sont réellement développés. Ils ont depuis lors pris une ampleur considérable puisqu'ils gèrent actuellement plus de 200 000 litiges du travail par an (Munoz-Perez et Serverin, 2005). La principale cause de litige devant les CPH réside dans les licenciements. Ceux-ci peuvent être de deux types : le licenciement économique, qui peut être individuel ou collectif, est effectué "par un employeur, pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée

¹Sur ce sujet, voir les surveys de Addison et Teixeira (2003) et de L'Haridon et Malherbet (2003).

par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés ou à des mutations technologiques" (loi du 18 janvier 2005). Le second type de licenciement est le licenciement pour motif personnel, ce motif pouvant être disciplinaire si le salarié a commis une faute, ou non-disciplinaire s'il résulte par exemple d'une inaptitude professionnelle ou du refus d'une modification substantielle du contrat de travail. Pour être valable, le licenciement doit être motivé par une cause dite "réelle et sérieuse" et respecter les règles de procédure énoncées par le droit. Dès lors que le salarié estime que ces conditions ne sont pas pleinement remplies, il peut faire appel à la justice pour tenter d'obtenir réparation de son préjudice². En 2003, près de 3% des licenciements pour motif économique et plus d'un quart des licenciements pour un autre motif ont donné lieu à une contestation de la part du salarié. En conséquence, les licenciements forment l'essentiel des motifs de recours au CPH et plus de 90% des affaires gérées par celui-ci sont ainsi liées au licenciement d'un salarié (Munoz-Perez et Serverin, 2005). Dès lors, il apparaît difficile de parler de justice prud'homale sans évoquer la question des licenciements.

Malgré la reconnaissance de la nécessité d'un système judiciaire qui contrôle la bonne application du droit par les employeurs, plusieurs rapports récents mettent en évidence l'inadéquation du droit du travail aux mutations du marché du travail (de Virville, 2004 ; Blanchard et Tirole, 2003 ; Cahuc et Kramarz, 2004). Le droit du travail, tel qu'il est défini en France, serait considéré par ces rapports comme à la fois illégitime et inefficace, ces deux notions étant dans une certaine mesure interdépendantes. Ainsi par exemple, de Virville (2004) fait le constat d'un droit du travail "obscur, complexe et changeant [...] peu ou mal appliqué" et estime "alors que la société se transforme rapidement et se judiciarise, les mécanismes qui gouvernent sa création et son adaptation ne sont pas en mesure de répondre vite et bien à ces nouvelles demandes" (p.5). Par ailleurs,

²Il convient de noter que les litiges gérés par le CPH sont toujours individuels, c'est-à-dire opposant un employeur et un salarié, puisque même si ce litige survient suite à un licenciement collectif par exemple, les recours collectifs (l'équivalent des *class actions* dans le droit anglo-saxon) ne sont pas permis par la loi française.

Blanchard et Tirole (2003) estiment que les procédures administratives et judiciaires que doit respecter un employeur souhaitant/devant licencier un salarié sont particulièrement lourdes. Dans un tel contexte, ces derniers préconisent une simplification du processus administratif ainsi qu'une réduction du rôle des instances judiciaires dans le processus de licenciement. En effet, selon ces auteurs, les juges du travail doivent vérifier la bonne application du droit, en vérifiant par exemple que le licenciement n'a pas été motivé par une discrimination ou que les délais de préavis ont été respectés ; en revanche, "les juges ne doivent pas se substituer au jugement de l'entreprise dans sa gestion, car ils n'en ont ni la compétence, ni en général l'information nécessaire, sans mentionner le manque de critères précis guidant leur intervention" (p.10). Ainsi, c'est la question de la légitimité-même du système judiciaire à intervenir dans certains litiges du travail qui est remise en cause.

Cette remise en question amène logiquement à s'interroger sur l'efficacité du système judiciaire, qui est dans une certaine mesure liée à sa légitimité. L'efficacité de la justice a été longtemps en partie contestée pour les affaires civiles dans leur ensemble, et continue à l'être dans une certaine mesure. A la fin des années 1990 se sont succédés des rapports mettant en relief la défiance des justiciables envers une justice considérée comme lente, onéreuse et complexe³. Pour répondre à certains de ces problèmes, les modes alternatifs de résolution des litiges (MARL), définis comme l'ensemble des mécanismes proposant une alternative au règlement judiciaire des conflits, se sont développés : la loi du 8 février 1995 notamment a institué la médiation et la conciliation judiciaires afin d'encourager l'obtention d'arrangements amiables après la saisine du juge. Les objectifs avancés au développement de ces MARL sont notamment de maintenir les relations entre les parties, de rétablir le dialogue ou encore d'améliorer la qualité de la justice. En ce qui concerne les litiges prud'homaux, ce type de procédure a été concomittant à la création des CPH puisque dès le 13ème siècle, les prud'hommes avaient pour objectif principal la conciliation. De ce point de vue, les CPH ont été précurseurs en matière de

³Voir par exemple le sondage réalisé en 1997 par la Mission de Recherche Droit et Justice intitulée "Les Français et la Justice" ainsi que le rapport Coulon (1997).

règlement amiable des conflits ; par ailleurs, la résolution amiable des litiges a ensuite été recherchée dès la Révolution avec l'apparition des juges de paix dont la mission était de concilier les parties et seulement à défaut, de trancher les différends les opposant (lois des 10 et 24 août 1790). Cependant, la question de l'efficacité de telles procédures n'a jamais été aussi présente que depuis quelques années, en raison de leur expansion.

En économie du droit, les MARL ont fait l'objet de nombreuses analyses. Celles-ci visent d'abord principalement à montrer quels sont les bénéfices (privés et sociaux) à attendre des MARL⁴. Par ailleurs, une vaste littérature a eu pour objectif d'analyser les incitations à recourir aux MARL et l'impact stratégique sur le comportement de négociation des parties, par exemple en mettant en relief les conditions sous lesquelles un accord amiable pouvait être trouvé (Cooter et Rubinfeld (1989), Kennan et Wilson (1993), Baird, Gertner et Picker (1994)). De nombreux articles sur le sujet sont assez généraux, dans le sens où ils peuvent s'appliquer à n'importe quel type de litige, le litige étant en fait appréhendé comme une première phase de négociation suivie d'un jugement en cas de désaccord ; d'autres articles sont propres à un pan particulier du droit, tel que la responsabilité civile qui a suscité de très nombreuses analyses. Cependant, concernant les litiges du travail, très peu d'analyses ont été réalisées : pourtant, les litiges du travail présentent certaines spécificités qui les distinguent des autres types de litiges et pour lesquels se posent des questions auxquelles les différentes analyses existantes ne permettent pas toujours d'apporter une réponse. Ainsi, par exemple, dans un modèle de responsabilité, la façon dont le litige se déroulerait a un impact sur les précautions prises par les parties avant la survenance de tout accident ; concernant les litiges du travail, la manière dont le litige est réglé peut avoir une influence sur la relation de travail entre les parties et à un niveau agrégé, avoir une incidence sur l'efficacité tout entière des relations de travail. De même, les litiges du travail présentent certaines caractéristiques, en termes de procédure par exemple, qui ne sont pas analysées par les modèles de résolution des litiges. Or, c'est justement dans cette question que s'inscrit la thèse, avec un double objectif.

⁴A ce sujet, voir par exemple Shavell (1995).

Le premier objectif de cette thèse est d'analyser quel est l'impact du système judiciaire sur les incitations *ex ante* des parties, c'est-à-dire en amont de toute décision par un juge du travail. En effet, de même que certains articles ont montré que les règles de droit et les décisions de justice ont un impact sur la négociation préalable entre les parties (Mnookin et Kornhauser, 1979), l'enjeu est ici de montrer tout d'abord quel impact ont les décisions judiciaires sur cette négociation dans le cadre des litiges du travail. En effet, la façon dont le juge prend une décision ainsi que les éléments dont il tient compte ne sont pas sans effet sur le comportement des parties : par exemple, si deux parties à un litige anticipent toutes les deux que la partie A gagnera en cas de jugement, alors cette partie a un pouvoir plus important que l'autre dans la négociation qui se déroule avant le procès. Mais si ces éléments peuvent jouer un rôle dans la négociation pré-procès, il est également possible qu'ils aient un impact avant même la survenance du litige, lorsque les parties interagissent dans leur relation de travail. Ainsi, le second enjeu est de déterminer si les décisions judiciaires peuvent interférer en amont, au sein-même de la relation de travail, notamment en guidant les incitations des parties à investir dans la relation. Les investissements sont ici appréhendés essentiellement au regard des investissements spécifiques : pour une entreprise, de tels investissements consistent par exemple en l'achat de matériels propres à un usage particulier ; il peut s'agir par exemple de l'achat d'un logiciel informatique utilisé par un salarié. Pour le salarié, ces investissements peuvent correspondre à une formation spécifiquement suivie pour l'utilisation de ce logiciel. Dans une optique d'étude de la légitimité du système judiciaire, une telle question semble représenter un réel intérêt puisqu'elle est directement reliée à la question des liens qu'entretiennent le système judiciaire et le monde du travail.

Le second objectif de cette thèse est d'étudier certaines caractéristiques de la procédure de résolution des litiges propres à des systèmes judiciaires existants (dont le système français) afin d'en déterminer l'efficacité, celle-ci étant essentiellement définie comme la capacité d'une procédure à résoudre un litige à moindre coût. En effet, les mécanismes de résolution des litiges ne sont pas identiques selon les pays et selon les

époques et certains semblent présenter certaines inefficacités par rapport à d'autres. Ainsi, le succès de la négociation pré-procès est différente d'une situation à une autre, selon les modalités mises en oeuvre. De même, la contestation des jugements rendus par les tribunaux du travail (dont le taux d'appel est l'un des signaux) n'est pas identique partout. Or, identifier les causes possibles des succès et des échecs de telles procédures, au moyen de comparaisons de ces systèmes, est le seul moyen d'en tirer des enseignements. Pour cette raison, l'objectif recherché est également de tenter d'expliquer, de façon positive, l'origine de ces défaillances et de proposer, dans une optique normative, certaines pistes pour améliorer les systèmes existants.

Afin d'atteindre ces objectifs, quatre chapitres sont développés dans cette thèse.

Le **premier chapitre** est une revue de la littérature, qui a pour objet d'étudier l'impact de la LPE sur les incitations des parties impliquées dans une relation de travail. En effet, depuis les années 1990, de nombreuses analyses visant à étudier l'impact macroéconomique de la LPE sur les performances du marché du travail ont été menées : plus précisément, les effets des modalités et des restrictions en terme de licenciement sur le taux d'emploi, la durée et le taux de chômage ont été abondamment étudiés, de façon empirique comme théorique. Récemment, une littérature plus microéconomique s'est développée ; celle-ci s'intéresse aux effets de la protection de l'emploi, relative notamment au licenciement individuel, sur le comportement des agents économiques prenant part à une relation de travail. Les interactions entre la sphère juridique, englobant les textes de loi et le système judiciaire, et la sphère économique ont fait l'objet de nombreux questionnements en économie du droit, puisque l'objet de cette discipline est de montrer comment la façon dont sont conçues les institutions juridiques détermine les comportements des agents économiques. Il semble ainsi que confrontés à certaines règles de droit, les agents économiques ne soient pas neutres, mais au contraire adaptent leur comportement de façon à maximiser les gains qu'ils peuvent espérer en retirer. Cependant, l'économie du droit s'est peu intéressée au domaine du droit du travail et des litiges se produisant dans ce domaine ; cette question est pourtant relativement

importante puisque, dans ce contexte, le droit n'a pas une incidence uniquement sur le règlement du litige, mais également sur la relation de travail pré-existante au litige, et plus précisément, le comportement des parties en termes d'investissements lors du déroulement de cette relation. Ainsi, les articles, récents, sur ce sujet, démontrent que les règles juridiques encadrant la rupture de la relation de travail ne sont pas neutres, mais influenceraient au contraire le comportement lors de cette éventuelle rupture (que ce soit dans le choix du mode de séparation ou dans la négociation des indemnités de licenciement qui en découle) ainsi qu'au sein de la relation de travail (notamment en termes d'incitations à l'investissement spécifique). Etant donné l'étroite influence qu'exerce le système judiciaire sur les incitations des parties, les analyses relatives à ce système, concernant principalement ses critères de décision et sa légitimité à intervenir dans de tels litiges, sont également présentées.

L'objet du **second chapitre** est d'étudier quel rôle joue le système judiciaire lors de son intervention suite à un licenciement individuel et de déterminer la façon optimale dont il devrait prendre une décision. Plus précisément, l'action du système judiciaire est prise en compte à travers la fixation de l'indemnité de licenciement par ce dernier, indemnité que devra verser l'employeur au salarié suite à un jugement. L'objectif de ce chapitre est de mettre en relief les éléments qui devraient être pris en compte par le système judiciaire dans sa décision, afin de donner les meilleures incitations *ex ante* possibles aux parties. Cette question fait suite à plusieurs articles empiriques récents ayant démontré que dans certains pays, les juges du travail, intervenant suite à un licenciement individuel pour fixer le montant de l'indemnité à verser au salarié, prendraient en considération certaines caractéristiques du marché du travail ou de la situation économique du pays considéré : le fait que le salarié soit avantagé par le juge dans sa décision par rapport à l'employeur, et vice-versa, dépendrait notamment du taux de chômage dans l'économie. Ainsi, il semblerait d'après ces résultats que les critères de décision des juges ne seraient pas uniquement propres à la relation de travail considérée, mais tiendraient compte d'éléments exogènes à cette relation. Dans ce second chapitre, cette question des critères de décision des juges est étudiée d'un point de vue théorique

et l'impact de ces décisions est analysé. Le contexte adopté est celui d'une relation de travail entre un employeur et un salarié qui entreprennent de façon individuelle et indépendante de réaliser des investissements spécifiques. Si la relation entre les parties prend fin, suite à un choc conjoncturel par exemple, les parties tentent de trouver un accord sur l'indemnité de licenciement que recevra le salarié. En cas de désaccord, la justice intervient et il revient alors au juge de fixer le montant de cette indemnité. Dans un tel contexte, nous étudions le résultat des négociations entre les parties (négociation sur l'indemnité en cas de licenciement et renégociation salariale en cas de maintien du salarié dans l'entreprise) et analysons la façon dont la décision du juge affecte ces négociations. Nous montrons ainsi que la simple présence du système judiciaire a un impact sur la relation de travail puisqu'elle permet de promouvoir des niveaux d'investissements spécifiques efficaces si le système judiciaire prend en compte certains paramètres économiques et sociaux lorsqu'il décide du montant de l'indemnité de licenciement. Cette question présente un enjeu important, notamment dans les pays où le système judiciaire a une place relativement prépondérante dans les litiges du travail et plus généralement, les litiges civils, comme c'est le cas en France ou dans la plupart des autres pays de l'Union Européenne. Dans le contexte adopté, le système judiciaire trouve une certaine légitimité puisque sa simple présence participe à l'efficacité des relations de travail, en dehors de toute intervention de sa part.

La question de l'efficacité des procédures de résolution des litiges est également abordée dans le **troisième chapitre**, mais dans un contexte exclusivement judiciaire, au sens où seule l'étape du litige en lui-même est abordée. Ce chapitre fait suite au constat d'une certaine inefficacité de la procédure française de résolution des litiges du travail relative aux Cours d'appel (CA). En effet, la question de l'engorgement des tribunaux en France concerne au premier plan les CA, dans lesquelles le délai moyen de traitement des procédures est d'environ 15 mois⁵. Or, les litiges qui participent le plus à cet engorgement en termes relatifs sont les litiges du travail : en effet, le taux

⁵Ce chiffre est une moyenne des statistiques établies pour les années 2004 à 2006. Source : <http://www.minefi.gouv.fr>

d'appel sur les affaires jugées par les CPH est supérieur à 60%, ce qui représente un nombre considérable d'affaires appelées. Cette spécificité est propre aux litiges du travail puisque pour les autres litiges civils, le taux d'appel est inférieur à 15%. L'objectif de ce chapitre, faisant suite à ce constat, est d'étudier les incitations des parties impliquées dans une relation de travail à faire appel du premier jugement rendu par le CPH, afin de comprendre quels sont les mécanismes qui peuvent être à l'origine d'un tel taux. Cette question est particulièrement pertinente étant donné le contexte actuel de remise en cause de l'efficacité de la justice, puisqu'un taux d'appel élevé est à l'origine d'un engorgement des CA et d'une durée excessive de résolution des litiges. Par ailleurs, afin de réduire l'engorgement des CA, certaines d'entre elles, en France et au Québec notamment, ont mis en place des systèmes de résolution amiable des litiges une fois la procédure d'appel enclenchée. Si ce système semble dans les faits présenter un certain succès, il paraît important d'en expliquer la source et de comprendre les éléments entrant en jeu dans cette réussite. A cette fin, un modèle théorique est construit, avec principalement deux objectifs : le premier est de comprendre les incitations d'agents économiques impliqués dans un litige à franchir les différentes étapes judiciaires (à savoir, la conciliation, le procès devant le CPH puis le procès devant la CA) ou au contraire, à s'arrêter en chemin dans le système judiciaire ; le second objectif est de déterminer si la possibilité d'une conciliation juste avant le procès devant la CA peut ou non déboucher sur un accord amiable entre les parties et dans ce cas, pour quelles raisons.

Enfin, le **quatrième chapitre**, qui adopte la méthode expérimentale, part également du constat de l'échec d'une étape dans la procédure de résolution des litiges devant le CPH : alors qu'une tentative de conciliation est obligatoire pour toutes les parties en conflit devant le CPH, celle-ci n'est un succès (au sens où une conciliation est trouvée) que dans 10% des cas⁶. Si les explications à ce phénomène peuvent être nombreuses, une raison invoquée de façon récurrente tient au caractère obligatoire de la conciliation. En effet, pour de nombreux juristes, une tentative de conciliation n'a de sens que dans la mesure où celle-ci se fait sur la base du volontariat, c'est-à-dire lorsque les deux parties

⁶Source : Munoz-Perez et Serverin (2005).

expriment le désir de tenter de trouver un accord. Ces éléments amènent à s'interroger sur les différences qu'engendre une tentative de conciliation obligatoire par rapport à une tentative facultative, cette dernière n'ayant lieu que si les deux parties ont donné leur accord, comme c'est le cas au Québec pour les litiges du travail notamment ou en Suisse pour les litiges commerciaux. En particulier, il est légitime de se demander si le fait qu'une négociation au sens large soit imposée peut avoir un impact sur le déroulement et l'issue de cette négociation, comparé à une situation où cette négociation serait décidée par les protagonistes. Certains arguments, notamment psychologiques, plaident en faveur d'une négociation volontaire, tandis que d'autres vont dans le sens d'une négociation imposée. Cette question revêt une importance, non pas seulement dans le champ des litiges du travail mais également dans certains litiges familiaux, et même au-delà, dans le domaine de la négociation en général. Or, à notre connaissance, aucune analyse dans la littérature économique n'a tenté de répondre à cette question. L'objectif de ce chapitre est de fournir une première réponse à cette interrogation : au moyen d'un modèle théorique et d'une analyse expérimentale, il est démontré que dans une négociation à plusieurs périodes avec offres alternées, le résultat de celle-ci n'est pas le même selon que l'on impose aux parties de négocier ou qu'on leur laisse ce choix. En effet, lorsque l'on compare les résultats des deux négociations, il apparaît que cette modalité de la négociation n'est pas neutre sur les incitations des parties et leurs exigences en termes d'offres formulées et de réponses données à ces offres. Le recours à l'analyse expérimentale, qui consiste à analyser les comportements des agents économiques par le biais d'expériences en laboratoire, se justifie dans ce cas par le manque de données relatives à la problématique étudiée : en effet, en France, même s'il était possible de disposer facilement de données concernant la conciliation obligatoire, il serait impossible d'obtenir des données sur la conciliation facultative, puisque celle-ci n'existe pas dans le domaine des litiges du travail. Le fait de fournir des données inexistantes dans la réalité ou difficiles à collecter est en effet l'un des atouts de l'économie expérimentale. L'analyse qui est menée dans ce chapitre au moyen d'une expérience participe ainsi aux débats juridiques portant sur l'obligation de recourir à un MARL.

Chapitre 1

Droit du travail, licenciement individuel et incitations

La protection de l'emploi se définit comme la réglementation encadrant les règles d'embauche et les modalités de licenciement des salariés¹ et trouve ses sources dans la législation, les négociations collectives ou encore les décisions de justice. Depuis une quinzaine d'années, une vaste littérature macroéconomique a investi les effets de la protection de l'emploi sur les performances du marché du travail, ou plus précisément les effets des modalités de licenciement sur le taux d'emploi, la durée et le taux de chômage². Des travaux plus récents commencent à mettre en relief d'autres conséquences de la protection de l'emploi, à savoir ses répercussions en termes d'incitations sur le comportement des individus : confrontés à une certaine réglementation de l'emploi, à

¹Les règles d'embauche sont notamment les conditions d'utilisation des contrats temporaires ou à durée déterminée, les obligations de formation des salariés, les règles favorisant les groupes désavantagés; les modalités de licenciement regroupent entre autres les indemnités de licenciement, les périodes de préavis obligatoires et les procédures administratives à respecter pour les licenciements individuels et collectifs (OCDE, 1999).

²A ce sujet, voir les revues de littérature de L'Haridon et Malherbet (2003) et d'Addison et Teixeira (2003).

certaines contraintes et à certains droits en matière de licenciement, les agents économiques s'adaptent, réagissent et adoptent des comportements stratégiques.

Les interactions entre la sphère juridique, qui englobe à la fois les textes de loi et le système judiciaire, et les incitations économiques des acteurs sont une question étudiée depuis longtemps par l'économie du droit : celle-ci a en effet pour objet de déterminer comment les institutions juridiques et les changements affectant ces institutions déterminent les comportements des agents économiques. Devant une règle de droit, les individus ne sont pas passifs mais prennent des décisions visant à en tirer le meilleur parti. Cependant, l'économie du droit a dans le même temps négligé, parmi les nombreux domaines juridiques à l'étude, celui du droit du travail. L'économie du travail quant à elle n'a, jusque récemment, pas considéré les conflits du travail en termes juridiques. Ainsi, comme le notent Galdon-Sanchez et Güell (2004, p.4), "*The large labor economics literature on firing costs has usually ignored the presence of dismissal conflicts and its implications for the actual cost of firing. On the other hand, the law and economics literature has usually ignored the labor conflicts and the institutions of the labor market.*". Depuis quelques années, un nombre croissant d'analyses démontrent que les règles juridiques en matière de licenciement influent sur les stratégies individuelles tant pendant la relation de travail que lors de sa rupture éventuelle. L'objet de ce chapitre³ est d'exposer les thèses et résultats des principaux travaux relatifs à la mise en oeuvre du licenciement individuel et à son impact sur les incitations des agents économiques. En effet, l'existence de règles juridiques et la présence du système judiciaire ne sont pas toujours neutres. Coase (1960) a le premier précisé les conditions sous-jacentes à la neutralité du droit : il montre qu'en l'absence de coûts de transaction et d'asymétries d'information et en présence d'un marché concurrentiel, l'attribution des droits de propriété n'a pas d'incidence sur l'affectation des ressources. En conséquence, dès lors qu'une de ces conditions n'est pas respectée, l'attribution des droits n'est plus neutre, ce qui peut justifier l'intervention économique et juridique de l'Etat. Or, concernant les relations de travail, la littérature a depuis longtemps montré que les

³Ce chapitre est inspiré d'un article co-écrit avec Yannick Gabuthy.

conditions de cette neutralité n'étaient pas réunies dans la réalité, étant donné notamment la présence d'asymétries d'information et de coûts de transaction⁴. Dans le cadre plus précis des conflits individuels du travail, les règles juridiques ont ainsi un impact à la fois sur la résolution d'un litige entre les parties et sur la relation de travail avant même l'apparition de ce litige.

En France comme dans le reste de l'Europe, il existe deux types de licenciement : le licenciement économique et le licenciement pour motif personnel. Le premier trouve sa justification dans les difficultés économiques ou financières de l'entreprise qui se voit contrainte de réduire sa main d'oeuvre ; ce licenciement peut être individuel ou collectif. Le second est inhérent à la personne du salarié et est donc par définition toujours individuel ; il peut avoir plusieurs causes, telles qu'une faute commise par le salarié dans l'exercice de son travail ou une insuffisance professionnelle. Depuis le début des années 1990, l'accroissement des licenciements pour motif personnel est régulier et continu : entre 1993 et 2003, ils ont augmenté de 47%, tandis que dans le même temps, les licenciements pour motif économique (individuels ou collectifs) ont diminué de 66% (Ministère du Travail, des Affaires sociales et de la Solidarité, 2002). En conséquence, alors que, en 1993, le principal motif de licenciement était le motif économique, la tendance s'est inversée : les licenciements pour motif personnel représentent désormais les trois quarts des licenciements. Par ailleurs, le taux de contestation suite à un licenciement pour motif personnel est bien supérieur à celui pour motif économique. Il en résulte que la grande majorité des conflits du travail gérés par les tribunaux sont dus à des licenciements pour motif personnel (96% des contestations). La part des licenciements individuels est en conséquence bien supérieure à celle des licenciements collectifs et cette tendance à l'individualisation des conflits du travail se manifeste également dans d'autres pays européens tels que l'Allemagne ou le Royaume-Uni (Schneider, 2005). Etant donné l'apparition ou le renforcement de ces tendances, la compréhension des mécanismes à l'oeuvre apparaît comme un enjeu majeur, non seulement dans une op-

⁴Voir l'ensemble de la littérature relative à la théorie des contrats (Malcomson, 1997 ; Tirole, 1999 ; Laffont et Martimort, 2002).

tique d'anticipation, mais également de gestion de tels phénomènes.

Lors de la rupture d'une relation de travail, le droit et le système judiciaire définissent les règles juridiques directement applicables aux modalités de licenciement. Dans ce contexte, elles ont une influence indirecte sur la négociation éventuelle des indemnités de licenciement entre l'employeur et le salarié et sur le motif qui sera associé à la séparation (Section 1.1). Cependant, hormis cet impact immédiat, la présence du droit et de la justice (exprimée notamment à travers la fixation des modalités de licenciement) peut jouer un rôle à d'autres étapes de l'interaction entre les protagonistes. En amont de tout litige, tout d'abord, cette présence a un impact sur la relation de travail, notamment sur les investissements des parties en capital spécifique. Par ailleurs, une fois le litige éventuellement déclenché par le licenciement, les décisions prises par le système judiciaire et les déterminants de ces décisions influencent le comportement des parties lors de la résolution du conflit, comme par exemple leur volonté de rechercher un arrangement amiable. Dans ce contexte, il semble fondamental de s'intéresser à la question des critères de décision des juges et aux débats actuels concernant la réforme du système judiciaire (Section 1.2).

1.1 La détermination des indemnités de licenciement

Afin de comprendre les objectifs des analyses effectuées dans la littérature et leurs implications en termes de politique économique, il convient tout d'abord d'exposer les principales caractéristiques du système législatif français de licenciement⁵.

Depuis 1973, un employeur souhaitant licencier un salarié a l'obligation de motiver sa décision en invoquant une "cause réelle et sérieuse" sous peine de sanctions. Les deux

⁵Ces éléments sont complétés en Annexe par une présentation des principaux systèmes en vigueur en Europe et aux Etats-Unis.

causes les plus répandues sont la faute du salarié et l'intérêt de l'entreprise. La faute peut être de deux types : une faute grave, rendant impossible le maintien du salarié dans l'entreprise et une faute lourde, reflétant une intention de nuire de la part du salarié. Concernant l'intérêt de l'entreprise, la cause réelle et sérieuse peut être invoquée pour motif économique ou pour insuffisance professionnelle, ou encore absence prolongée risquant d'entraîner des difficultés pour l'entreprise (Ray, 2005). Outre certaines obligations administratives, telles que le respect d'une période de préavis et la notification du licenciement par lettre recommandée, l'employeur a l'obligation juridique de verser une indemnité au salarié licencié. Si cette indemnité ne satisfait pas le travailleur (estimant que son licenciement est injustifié ou que la procédure n'a pas été respectée), celui-ci est en mesure de la contester et deux possibilités s'offrent alors à lui :

– soit les parties tentent de négocier sur le montant de cette indemnité avec l'objectif de conclure une transaction, sous la menace que l'affaire se retrouve devant la justice si cette négociation échoue⁶ ;

– soit le salarié dépose directement un recours contre son employeur auprès du Conseil de Prud'hommes (CPH) pour tenter d'obtenir réparation du préjudice subi. Cependant, la procédure devant le CPH débutant systématiquement par une tentative de conciliation, les parties ont toujours la possibilité de négocier une fois l'affaire introduite devant la justice. Le CPH est alors chargé de juger le bien-fondé du licenciement et/ou de fixer le montant de l'indemnité accordée au salarié.

La valeur des indemnités de licenciement est régie par le Livre Ier du Code du travail qui prévoit un montant minimum à respecter appelé "indemnité légale de licenciement", montant variant selon le motif du licenciement, l'ancienneté du salarié et son salaire précédant la rupture⁷. Ce montant peut également être modulé à la hausse, notamment

⁶L'article 2044 du Code civil définit la transaction comme "un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître".

⁷Si l'employeur procède à un licenciement pour motif personnel et si l'ancienneté du salarié dans l'entreprise est supérieure à 2 ans, celui-ci a droit à une indemnité de licenciement égale à 1/10^{ème} de

dans le cadre des conventions collectives qui sont négociées au sein de certaines branches d'activités⁸. Si le salarié porte plainte auprès du CPH et si celui-ci estime le licenciement injustifié (*i.e.* non-fondé sur une cause réelle et sérieuse), il peut lui accorder une indemnité dont le minimum est égal à la rémunération brute dont il bénéficiait pendant les six derniers mois précédant la rupture du contrat de travail. Il est à noter qu'aucun maximum n'est prévu pour cette indemnité, ce qui laisse une certaine latitude aux juges qui peuvent accorder des indemnités relativement élevées.

Ainsi, la négociation sur les indemnités de licenciement peut se faire soit dans le cadre d'une recherche de transaction, avant que le salarié ait déposé un recours devant la justice, soit dans le cadre de la conciliation, dont la tentative est imposée par le CPH avant tout jugement : ce n'est qu'en cas d'échec de la conciliation que les juges du CPH devront juger l'affaire. Dans la littérature relevant de l'analyse économique du droit, de nombreux auteurs se sont intéressés à la question des effets du système juridique sur les négociations pouvant survenir entre des parties à un litige en dehors d'un tribunal. Mnookin et Kornhauser (1979) ont les premiers montré, dans le contexte du divorce, que le droit et le système judiciaire pouvaient, par leur simple existence, influencer le règlement amiable d'un conflit entre deux parties sans que l'une d'elles y fasse explicitement appel : la menace de leur intervention suffirait à fournir des incitations aux parties lors de la négociation. Cette idée a été reprise et appliquée à la négociation sur les indemnités de licenciement : plusieurs études théoriques et empiriques montrent que le cadre juridique applicable aux indemnités de licenciement joue un rôle dans la négociation de ces indemnités. Par ailleurs, ce cadre dépend également du motif invo-

mois de salaire par année d'ancienneté ; si l'ancienneté est supérieure à 10 ans, l'indemnité est majorée d' $1/15^{eme}$ de mois par année d'ancienneté. L'indemnité est double s'il s'agit d'un licenciement pour motif économique (soit respectivement $2/10^{eme}$ et $2/15^{eme}$).

⁸En outre, l'employeur doit verser éventuellement au salarié une indemnité compensatrice de congés payés et une indemnité de préavis. L'indemnité compensatrice de congés payés est due si le salarié n'a pas pris ses congés en totalité avant d'être licencié, tandis que l'indemnité de préavis est due si l'employeur dispense le salarié d'exécuter son préavis et équivaut à l'intégralité du salaire qu'il aurait touché en l'effectuant.

qué pour le licenciement, motif qui a ainsi une influence importante sur le montant des indemnités, négocié ou imposé par le système judiciaire.

1.1.1 Indemnités de licenciement et négociation

Le rôle du droit dans les négociations sur les indemnités de licenciement a été analysé dans la littérature à la fois d'un point de vue théorique et empirique.

a) Les analyses théoriques

Sur le plan théorique, Malo (2000) est le premier à avoir mis en relief les implications de l'interaction entre le processus de négociation des indemnités de licenciement et le système juridique, en appliquant son analyse au contexte spécifique de l'Espagne. L'auteur s'inspire de l'analyse de Spier (1992)⁹ pour construire un modèle de négociation en information imparfaite et adopte le cadre suivant : un salarié licencié porte plainte contre son employeur ; le recours au tribunal étant coûteux pour les parties, celles-ci tentent de négocier pour trouver un arrangement amiable. Deux négociations ont lieu en réalité (l'une avant le recours au tribunal et l'autre au sein du système judiciaire), mais Malo considère par souci de simplicité qu'il s'agit d'une seule négociation. Ainsi, après avoir été licencié, le salarié fait à la firme une offre S "à prendre ou à laisser", représentant l'indemnité qu'il souhaite obtenir : celle-ci accepte l'offre si elle est inférieure à sa disposition à payer pour le licenciement, notée x . Cette disposition à payer constitue une information privée pour la firme, les croyances du salarié étant représentées par une fonction de distribution uniforme sur l'intervalle $[x_L; x_H]$. Si la firme accepte l'offre, le jeu se termine ; si la firme la refuse, il revient au juge de trancher sur le bien-fondé du

⁹Spier (1992) est une extension dynamique du modèle de Bebchuk (1984). Plusieurs revues de littérature ont par ailleurs été consacrées aux modèles de négociation préalable au jugement (voir, par exemple, Cooter et Rubinfeld (1989) et Chappe (2005)).

licenciement et sur les indemnités correspondantes¹⁰. En cas d'intervention du tribunal, le salarié supporte un coût C_w et le coût de la firme est supposé nul. Les indemnités versées en cas de licenciement injustifié étant de 45 jours par année d'ancienneté en Espagne, l'auteur pose que l'indemnité de licenciement espérée fixée par le tribunal est égale à $q45ws$, où q représente la probabilité que le licenciement soit jugé injustifié, w le salaire journalier et s l'ancienneté du salarié en années ; en cas de jugement, le montant reçu par le salarié est donc de $q45ws - C_w$. Le problème de ce dernier est de faire à la firme une offre qui lui permette de maximiser sa propre utilité :

$$\max_S \int_S^{x_H} v(S)f(\xi)d\xi + \int_{x_L}^S v(q45ws - C_f)f(\xi)d\xi$$

où $f(\cdot)$ représente la fonction de densité de la distribution uniforme et $v(\cdot)$, la fonction d'utilité espérée du salarié. La résolution de ce programme de maximisation permet de déterminer la valeur optimale de S , à savoir $S^* = (x_H + q45ws - C_w)/2$ sous l'hypothèse que le salarié est neutre vis-à-vis du risque¹¹. Si le paiement espéré du procès est inférieur à x_H et si la véritable disposition à payer de la firme se situe dans l'intervalle $[q45ws - C_w; x_H]$, celle-ci rejettera toute offre comprise dans cet intervalle parce qu'elle préférera aller au procès. Ainsi, l'offre maximale que le salarié peut faire à la firme est donnée par $S = q45ws - C_w$. Autrement dit, les variables-clés dans la négociation de l'indemnité de licenciement (exerçant un impact positif) sont la probabilité que le licenciement soit reconnu injustifié (q) et l'indemnité correspondante accordée ($45ws$), deux variables directement liées au droit et au système judiciaire.

Suivant le cadre théorique de Bebchuk (1984), Malo et Perez (2003) étudient également le processus de négociation des indemnités de licenciement "dans l'ombre du droit",

¹⁰Dans le modèle, si le licenciement est reconnu justifié par le juge, alors le salarié ne perçoit aucune indemnité.

¹¹L'aversion au risque du travailleur réduit le montant de l'indemnité de licenciement négociée. Ce résultat est relativement intuitif dans la mesure où l'aversion au risque limite le pouvoir de négociation du salarié, toutes choses égales par ailleurs.

mais dans une optique comparative entre l'Europe et les Etats-Unis : en Europe, le droit précise certains maxima et/ou minima pour la fixation de l'indemnité de licenciement, réduisant ainsi le degré de latitude des juges ; aux Etats-Unis, les juges déterminent en toute liberté l'indemnité de licenciement en fonction de leur évaluation du préjudice subi par le salarié¹². Les paramètres et variables du modèle sont les suivants : *i/* L'indemnité légale est notée W . Dans le contexte européen, cette indemnité est connue des parties dans la mesure où elle est fixée de manière exogène par le droit, tandis qu'elle est considérée comme une variable aléatoire dans le contexte américain puisqu'elle est déterminée de manière discrétionnaire par le juge ; *ii/* Quel que soit le contexte législatif considéré, les parties sont supposées supporter des coûts de justice, notés C_f (pour la firme) et C_w (pour le travailleur), qui sont de connaissance commune ; *iii/* La disposition à payer de la firme, interprétée ici comme le montant maximum qu'elle accepterait de verser lors de la négociation pour échapper à un jugement incertain du tribunal, est notée B ; le salarié a également un équivalent certain, noté A , qui représente la somme minimale qu'il souhaite recevoir pour éviter le procès. Dans le cadre européen, A (B) dépend des paramètres W , C_w (C_f) et du degré d'aversion au risque du travailleur (de la firme). Dans le cadre américain, A (B) dépend de la valeur estimée de W par le travailleur (la firme), de C_w (C_f) et du degré d'aversion au risque du travailleur (de la firme). Dans ce dernier cas, les parties sont confrontées à une double incertitude sur la décision du juge, concernant à la fois la qualification qu'il donnera au licenciement (justifié ou non) et le montant de l'indemnité qu'il décidera d'imposer (en cas de licenciement injustifié uniquement). Le déroulement du jeu est alors le suivant : la firme, qui n'observe pas A mais connaît les fonctions de densité $f(\cdot)$ et de distribution cumulative $F(\cdot)$ qui lui sont associées, joue ici la première et fait une offre à prendre ou à laisser au salarié. Celui-ci accepte cette offre si elle est au moins équivalente à A (*i.e.* $A < S$) et recourt au juge dans le cas contraire (*i.e.* $A > S$). Le problème de la firme est ainsi de déterminer l'offre S^* qui minimise ses coûts espérés de licenciement $EC(S)$:

$$\min_S EC(S) = [F(S)S + (1 - F(S))B]$$

¹²Pour une exposition détaillée des principales différences entre les traditions dites de *Common Law* et *Civil Law*, voir Cooter et Ulen (2007).

L'objectif des auteurs est alors de déterminer l'influence de W , qui est un paramètre de politique législative, sur l'offre optimale S^* , la probabilité d'accord optimale $q^* = F(S^*)$ et les coûts de licenciement $EC^* = EC(S^*)$. L'analyse de statique comparative qui est menée permet de mettre en lumière deux résultats majeurs : 1/ Une baisse de l'indemnité légale W induit une diminution de l'indemnité négociée S^* , ce qui peut, sous certaines conditions relatives aux bornes de la fonction de densité $f(\cdot)$, entraîner une baisse des coûts de licenciement EC^* et améliorer la probabilité q^* que les parties parviennent à un règlement amiable du licenciement ; 2/ Le passage du système européen au contexte américain améliorerait les chances que les protagonistes ont de parvenir à un accord mais aurait un effet ambigu sur les coûts de licenciement. Ces deux résultats sont naturellement à rapprocher des recommandations habituelles quant à la volonté des autorités de diminuer les coûts de licenciement souvent jugés prohibitifs en France et en partie responsables du manque de flexibilité du marché du travail (Cahuc, 2003). Ils remettent en effet en cause l'idée selon laquelle une diminution de l'indemnité légale et une transition vers le contexte législatif anglo-saxon suffiraient à limiter les coûts de licenciement. Dans une optique plus large que celle de Malo (2000), l'analyse de Malo et Perez a l'intérêt de montrer le rôle prépondérant de l'environnement juridique encadrant le licenciement sur le comportement de négociation des parties lors de la rupture du contrat de travail et de discuter des implications des politiques législatives visant à modifier cet environnement (*via*, notamment, une modification du montant de l'indemnité légale de licenciement). Néanmoins, il convient de relativiser la portée de l'analyse de Malo et Perez dans la mesure où certaines hypothèses restrictives limitent la généralité des résultats. L'hypothèse selon laquelle la firme est le premier joueur n'est notamment pas neutre sur le résultat de la négociation dans la mesure où cette dernière se voit conférer un pouvoir d'ultimatum lui procurant un avantage dans la détermination du montant de l'indemnité¹³. Par ailleurs, l'ensemble des analyses précédemment présentées ont une portée exclusivement théorique et il apparaît à cet égard important de s'intéresser aux études empiriques qui ont été menées.

¹³Le rôle de cette hypothèse est discuté dans l'article de Bebchuk (1984) et, plus largement, dans la littérature sur la négociation (Muthoo, 1999).

b) Les études empiriques

Goerke et Pannenberg (2006) complètent les éléments précédents, non seulement par une analyse empirique, mais également sur deux points théoriques. D'une part, leur objectif est de déterminer si l'existence et le montant des indemnités de licenciement varient de façon systématique avec les règles juridiques définies non seulement par le droit du travail, mais également par le droit fiscal. Cette prise en compte de la fiscalité vient du fait qu'en Allemagne, jusque récemment, les indemnités de licenciement dépassant un certain montant étaient soumises à taxation¹⁴ : les auteurs souhaitent examiner l'impact qu'a pu avoir un changement de législation concernant le montant exempté de taxe sur l'indemnité de licenciement. D'autre part, d'un point de vue théorique, l'analyse de Goerke et Pannenberg reflète plus justement la réalité puisqu'ils considèrent la possibilité d'une négociation à deux étapes du jeu : lors du licenciement et une fois que le salarié a déposé un recours. Le jeu est en information imparfaite : après que la Nature a choisi le coût pour l'employeur de faire une offre d'indemnité de licenciement, celui-ci décide de faire ou non une offre au salarié. En l'absence d'offre, le salarié a le choix entre accepter le licenciement et aller en procès ; si une offre est faite, il peut l'accepter ou la refuser (ce choix dépend du coût de porter plainte, déterminé par la Nature). S'il décide de porter plainte, une phase de conciliation s'ouvre avec une nouvelle proposition de la part de la firme : selon le bénéfice retiré du fait d'obtenir un verdict, il décide de l'accepter ou d'aller devant le juge. Le premier résultat montre qu'une hausse de la taxe sur les indemnités de licenciement réduit leur probabilité de survenance. En effet, si le salarié n'obtient pas d'indemnités de licenciement au départ, une hausse de la taxe réduit la probabilité que ce salarié porte plainte et donc que la firme fasse une offre. En

¹⁴Jusqu'en 1998, les indemnités de licenciement étaient exemptées de taxe si elles étaient inférieures à un plafond de 12 271 euros pour la catégorie de base (ce plafond variait selon les catégories de travailleurs et était plus élevé, par exemple, pour les salariés de plus de 50 ans ayant une ancienneté de plus de 15 ans). En 1999, deux changements sont intervenus et ont alourdi la taxation : d'une part, le plafond d'exemption a été réduit à 8 181 euros et d'autre part, le taux de taxation a augmenté pour les indemnités dépassant ce seuil.

revanche, si le salarié se voit proposer une indemnité dès le départ, la hausse de la taxe n'a pas d'effet sur sa probabilité de porter plainte parce que le montant obtenu par le tribunal ou par un arrangement est réduit du même montant (*résultat 1*). Par ailleurs, sous la condition que l'offre optimale de la firme durant la conciliation est plus élevée que le jugement qui serait accordé par le tribunal, une hausse du taux de taxation sur les indemnités réduit leur montant (*résultat 2*). Enfin, en supposant que le gain du fait d'obtenir un verdict soit distribué de façon uniforme et qu'une caractéristique spécifique à l'individu, notée x (telle que l'âge, l'ancienneté ou l'obligation de versement d'une pension), augmente la probabilité que des indemnités soient accordées par le tribunal, alors cette caractéristique personnelle augmentera la probabilité d'obtention d'indemnités de façon générale (*résultat 3*). L'analyse empirique sur données de panel à partir du "German Socio-Economic Panel" (GSOEP) sur la période 1991-2003 confirme certains de ces résultats puisqu'elle permet de montrer que des changements dans la taxation de l'indemnité de licenciement ont eu un impact négatif sur sa survenance pour le groupe de salariés ayant été les plus affectés par ces changements (confirmation partielle du *résultat 1*). En outre, l'analyse descriptive met en évidence le fait que les critères définis par le droit ou les tribunaux quant à l'obligation de versement d'indemnités ou à leur valeur sont corrélés à la survenance et au montant de ces indemnités (confirmation du *résultat 3*). Dans l'analyse de Goerke et Pannenberg, une suggestion implicite est faite : les tribunaux tiendraient compte d'éléments propres au salarié tels que son âge ou son ancienneté dans leurs décisions concernant l'attribution d'indemnités de licenciement. Ces éléments renvoient à l'idée que des caractéristiques non juridiques ont également un impact sur les indemnités de licenciement versées par les employeurs.

Dans une étude consacrée à l'Allemagne, où le droit ne précise explicitement ni le montant ni même l'obligation de versement d'indemnités de licenciement, Grund (2006) a pour objectif de déterminer quels types de salariés reçoivent des indemnités. Il utilise les données du GSOEP de 1991 à 2002 avec un double objectif : il s'agit d'une part, de déterminer le montant des indemnités de licenciement et d'autre part, d'analyser la sous-population de salariés ayant reçu de telles indemnités afin d'isoler

les déterminants de leur valeur. Les variables définissant la sous-population sont des caractéristiques individuelles telles que le sexe, l'âge, le nombre d'années d'études, le statut marital, l'ancienneté, ainsi que des caractéristiques professionnelles, comme la taille de la firme et la branche d'activités. L'analyse descriptive met en évidence le fait que moins d'un tiers des salariés licenciés reçoit une indemnité. Par ailleurs, Grund utilise une analyse probit bivariée dans laquelle la variable dépendante prend la valeur 1 si l'individu reçoit une indemnité et la valeur 0 sinon. Celle-ci révèle que la taille de la firme, l'ancienneté du salarié et le fait d'être une femme ont un impact significativement positif sur le fait d'obtenir une indemnité de licenciement. Par ailleurs, le secteur d'activités joue également un rôle dans l'attribution des indemnités de licenciement, puisque la probabilité d'obtention d'une indemnité est particulièrement élevée pour les salariés du secteur marchand et reste à l'inverse très faible dans les secteurs de l'agriculture et de la construction. En outre, les déterminants les plus significatifs du montant des indemnités sont le salaire antérieur au licenciement, l'ancienneté et l'âge, qui ont un impact positif. Enfin, il faut noter que la variance des indemnités est extrêmement élevée dans la mesure où un quart des indemnités ne dépasse pas 2000 euros et 20% de ces dernières sont supérieures à 20 000 euros.

Concernant la France, aucune analyse n'a permis de montrer les déterminants des indemnités de licenciement de façon précise. Cependant, Abowd et Kramarz (2003) fournissent des éléments de réponse, même si leur objectif est plus large puisqu'il consiste à évaluer empiriquement les coûts d'embauche, de séparation et de mise à la retraite des salariés d'entreprises françaises. Les coûts de séparation n'intègrent pas seulement les indemnités de licenciement versées aux salariés, mais également des coûts indirects imposés à l'employeur par le droit du travail (coûts essentiellement administratifs). A partir de trois bases de données différentes datant toutes de 1992¹⁵, les auteurs mettent notamment en évidence le fait que le niveau de qualification des salariés a un impact sur ces coûts. En effet, les licenciements individuels des ingénieurs et dirigeants sont coûteux

¹⁵Il s'agit de l'Enquête sur la Structure des Salaires, de la Déclaration Mensuelle de Mouvements de Main d'Oeuvre et de l'Enquête sur la Structure des Emplois.

et ont une structure convexe. De plus, la décomposition des caractéristiques individuelles montre que l'indemnité de licenciement versée par l'employeur varie positivement à la fois avec l'ancienneté et avec la différence entre l'âge et l'ancienneté. De manière générale, il apparaît que le coût du licenciement économique par salarié, déterminé par le ratio entre les coûts de licenciement et le nombre de travailleurs licenciés pour motif économique, était en 1992 de 215 000 francs environ (soit 32 800 euros). Le coût d'un licenciement (les deux types, économique et pour motif personnel, étant confondus) est selon le même calcul d'environ 95 000 francs (soit 14 500 euros). Cette hétérogénéité dans la valeur des indemnités de licenciement renvoie à l'idée que le montant de ces indemnités est fortement lié au motif du licenciement.

Dans la majeure partie des pays européens, le coût d'un licenciement économique, en termes de durée, de lourdeur de la procédure administrative et d'importance des indemnités, est plus élevé pour l'employeur que celui d'un licenciement pour motif personnel. A titre d'exemple, selon une étude de l'OCDE (1999), les indemnités consécutives à un licenciement injustifié sont en moyenne de 15 mois de salaire pour un salarié ayant 20 ans d'ancienneté, contre 2 mois de salaire si le licenciement est considéré comme justifié. Or, cette différence, à la fois en termes de gains pour l'employé licencié et de coûts pour l'employeur qui prend cette décision, peut inciter les protagonistes à utiliser la législation de façon stratégique. Ainsi, de ce point de vue, un salarié licencié pour motif personnel a un intérêt à déclarer qu'il a été licencié soit abusivement (*i.e.* sans motif valable), soit économiquement. Symétriquement, l'employeur, faisant face à un coût plus faible en cas de licenciement pour motif personnel, a une forte incitation à déclarer un licenciement économique comme licenciement pour motif personnel. Plusieurs auteurs analysent les incitations à la manipulation du cadre juridique, ainsi que les déterminants de ces incitations, ces éléments ayant un impact sur les indemnités de licenciement qui seront versées au salarié.

1.1.2 Indemnités de licenciement et motif de la séparation

Blanchard et Tirole (2004) évoquent l'existence de deux types de manipulation possibles dans le cadre de la terminaison d'un contrat de travail. Suivant leur analyse, le traitement des licenciements pourrait entraîner un "report de responsabilité" entre l'employeur et le salarié : premièrement, l'entreprise souhaitant éviter le versement d'indemnités de licenciement à la caisse d'allocations chômage (dues dans le cas d'un licenciement économique) peut être incitée à déclarer injustement que le salarié a commis une faute, désignant le licenciement comme "licenciement pour faute" ; deuxièmement, un salarié souhaitant quitter son entreprise peut être amené à "tirer au flanc" de façon délibérée avec l'objectif de se faire licencier afin de toucher les allocations chômage. Par ailleurs, les parties (employeur et salarié) peuvent adopter un comportement de collusion dans le cas où le salarié souhaiterait démissionner : en reclassant un départ volontaire en licenciement, les parties peuvent s'entendre de façon à ce que le salarié perçoive des allocations chômage (dont il n'aurait pas bénéficié en cas de démission)¹⁶. Ce type de licenciement "de complaisance" ou "à l'amiable" procure un gain au salarié et n'est pas coûteux pour l'entreprise du moment qu'il n'est pas contesté. Le bénéfice de cette opération est donc collectivement positif pour les parties mais se fait au détriment de la caisse d'assurance chômage qui doit prendre en charge le versement des allocations chômage non dues au salarié. Blanchard et Tirole vont plus loin que ce simple constat puisqu'ils proposent une solution à ce problème. Selon les auteurs, responsabiliser les entreprises en leur faisant payer une taxe sur les licenciements les rendrait réfractaires à pratiquer de tels licenciements collusifs.¹⁷

Plusieurs études statistiques récentes de la DARES font le constat d'une substitution des licenciements économiques par des licenciements pour motif personnel. Pignoni et Zouary (2003) soulignent le fait que, alors qu'au début des années 1990, les licen-

¹⁶La condition pour qu'une telle entente fonctionne est que le salarié renonce à percevoir des indemnités de licenciement de la part de l'employeur.

¹⁷Voir la Section 1.2.2.b pour une explication plus détaillée de leurs propositions.

ciements économiques constituaient le premier motif de licenciement, la tendance s'est ensuite inversée : à partir de 1999, les entrées au chômage dues à un licenciement pour motif personnel sont deux fois plus nombreuses que celles causées par un licenciement économique. Ces auteurs interprètent ce phénomène comme une tentative d'évitement des plans sociaux qui peuvent avoir un impact négatif sur l'image de l'entreprise. L'intérêt du licenciement pour motif personnel résiderait dans la préservation de cette image et cela permettrait dans le même temps à l'entreprise de pouvoir sélectionner au cas par cas les salariés à licencier dans une optique de recomposition de la main d'oeuvre. Plus simplement, Lagarenne et Leroux (2006) avancent, comme cause potentielle de cette substitution, la lourdeur des procédures administratives à suivre dans le cadre du licenciement économique¹⁸.

Malo (2000) met en relief de façon théorique la possibilité d'une substitution des licenciements économiques au profit des licenciements pour faute. Ainsi, dans un modèle de négociation avant procès entre une firme et un salarié portant sur l'indemnité de licenciement, il montre que l'indemnité de licenciement négociée entre le salarié et l'employeur est plus élevée pour un licenciement économique que pour un licenciement pour faute. Ce résultat provient du cadre législatif pesant sur la négociation : la législation espagnole prévoit en effet que l'employeur doit verser une indemnité de 20 jours de salaire par année d'ancienneté en cas de licenciement économique et n'a rien à payer dans l'autre cas. Par ailleurs, comme l'indemnité accordée par un tribunal en cas de licenciement injustifié est considérée comme étant la même pour chaque type de licenciement, il en découle que globalement, l'indemnité négociée entre les parties avant un procès est la plus forte en cas de licenciement économique. Malo souligne que les critères retenus par les tribunaux permettant de justifier l'utilisation d'un licenciement économique sont flous : certains exigent comme critère minimal un déficit financier,

¹⁸Les différents textes qui se sont succédé jusqu'à la loi de programmation sociale du 18 janvier 2005 ont affirmé ou renforcé les obligations de l'employeur concernant le plan social à mettre en place en cas de licenciement économique, en mettant l'accent sur les mesures d'accompagnement, de soutien ou d'orientation visant à favoriser le reclassement du salarié.

tandis que d'autres considèrent une diminution des profits comme un critère suffisant. Ces différents facteurs, à savoir d'une part, une indemnité accordée par un tribunal ou négociée entre les parties plus élevée et d'autre part, une probabilité plus grande que le licenciement soit reconnu injustifié dans le cas du motif économique, créent de fortes incitations pour l'employeur à utiliser la procédure normalement requise en cas de licenciement pour faute pour n'importe quel type de licenciement. Selon Malo, ce phénomène pourrait expliquer en partie la perception d'une large utilisation des licenciements pour faute en Espagne.

Galdon-Sanchez et Guëll (2004) mettent également en relief la condition de substitution des motifs de licenciement, mais en considérant notamment que les parties peuvent avoir des anticipations différentes sur la probabilité que le salarié soit le vainqueur en cas de procès. Le modèle théorique prend en compte les décisions des parties dans le cadre d'un tel conflit. Au départ, il existe un faisceau de preuves, certaines pouvant attester des difficultés économiques de l'entreprise, d'autres allant dans le sens d'un comportement répréhensible de la part du salarié. Le tribunal prend sa décision sur la base de ces preuves et chaque partie estime la probabilité que le salarié gagne en fonction des indices existants. Etant donné le vecteur de preuves, l'entreprise prend tout d'abord la décision de licencier soit pour motif économique soit en raison d'une faute du salarié. Le salarié peut ensuite accepter son licenciement et l'indemnité associée ou choisir d'intenter un procès. Galdon-Sanchez et Guëll montrent notamment que la firme déclare le licenciement comme licenciement pour faute si :

$$P_{f,D} \leq \alpha + P_{f,R}(1 - \alpha)$$

où $P_{f,D}$ représente la probabilité estimée par la firme que le salarié gagne le procès en cas de licenciement pour faute, $P_{f,R}$ la probabilité estimée par la firme que le salarié gagne le procès en cas de licenciement économique et α le rapport entre l'indemnité reçue par le salarié en cas de licenciement économique et l'indemnité reçue si son licenciement est jugé injustifié. Le paramètre α étant compris entre 0 et 1, cette condition peut être satisfaite même si $P_{f,R} < P_{f,D}$. En d'autres termes, il est possible que la firme choisisse

de déclarer le licenciement comme licenciement pour faute et ce, même si la probabilité que le salarié gagne le procès en cas de licenciement pour faute est supérieure à la probabilité qu'il le gagne en cas de licenciement économique. Cela dépend ainsi de la différence entre les indemnités accordées dans le cadre d'un licenciement économique et celles accordées par un tribunal pour licenciement injustifié.

Dans une autre étude, Galdon-Sanchez et Güell (2003) prennent en compte l'imperfection des décisions des tribunaux et qualifient certaines possibilités de manipulation par les parties comme un phénomène d'aléa moral. Cet aléa est double puisque l'employeur est incité à déclarer un licenciement économique comme licenciement pour motif personnel afin d'éviter certains coûts, et le salarié est incité à porter plainte pour licenciement injustifié afin d'obtenir réparation sous forme de dommages. Si leur analyse vise à rendre compte de l'impact macroéconomique des coûts de licenciement sur l'emploi, elle est néanmoins pertinente pour notre propos car elle prend en compte les manipulations évoquées précédemment et propose des solutions pour réduire leur survenance. Le cadre utilisé est un modèle de salaire d'efficience à la Shapiro et Stiglitz (1984). Galdon-Sanchez et Güell montrent alors qu'un tribunal intervenant pour traiter un tel conflit peut, par manque d'information sur le comportement du salarié, commettre des erreurs en ne distinguant pas les licenciements économiques déguisés des fautes véritables : il en résulte que l'intervention du tribunal est imparfaite. Certains salariés licenciés pour faute de façon justifiée peuvent ainsi obtenir des indemnités de licenciement, tandis que d'autres, licenciés pour raison économique, n'en obtiennent pas. En conséquence, le coût du fait de "tirer-au-flanc" est moindre pour l'employé puisqu'il a tout de même des chances d'obtenir une indemnité et l'entreprise doit donc lui verser une rente supérieure afin de l'inciter à l'effort. Au total, les coûts de licenciement, en raison de l'imperfection des décisions judiciaires, ont un effet négatif sur l'emploi. Afin de réduire les possibilités de fraude, les auteurs préconisent deux principes : premièrement, la différence entre les indemnités des licenciements déclarés justifiés et les indemnités des licenciements considérés comme injustifiés par un tribunal doit être suffisamment élevée pour "désinciter" la firme à déguiser le licenciement ; deuxièmement, afin de décourager les salariés de

poursuivre à tort l'employeur pour licenciement abusif, ceux-ci devraient supporter un coût lorsque le licenciement est finalement déclaré justifié (sous forme d'une réduction des allocations chômage par exemple).

Les données statistiques concernant la France ainsi que les analyses théoriques vont donc pour la plupart dans le sens d'une substitution des licenciements économiques au profit des licenciements pour motif personnel. L'article de Oyer et Schaefer (2000) met cependant en relief un autre type de substitution qui s'applique au cas des Etats-Unis : ces auteurs démontrent empiriquement que les licenciements économiques collectifs se substitueraient aux licenciements individuels¹⁹. Leur étude part de deux constats : la période 1987-1993 a connu d'une part, un accroissement des litiges pour licenciement injustifié (qui concernent principalement des licenciements individuels) et d'autre part, des licenciements économiques de masse plus fréquents. En analysant le lien entre ces deux phénomènes, ils montrent que le premier phénomène est à l'origine du second : en effet, l'accroissement des litiges pour licenciement injustifié semble témoigner du fait que les salariés sont davantage incités à porter plainte lorsqu'ils sont licenciés seuls que dans le cadre d'un licenciement économique collectif. Ceci provoquerait un accroissement des coûts attendus par les firmes dans le cas des licenciements individuels, ce qui serait à l'origine d'une substitution des licenciements individuels au profit des licenciements économiques collectifs. La cause que les auteurs identifient à ce phénomène de substitution pourrait s'appliquer en partie au cas européen où la tendance à la "judiciarisation" des licenciements pour motif personnel est importante. Cependant, aucune analyse n'a jusqu'à présent directement pris en compte ou, alternativement, réfuté cette tendance comme facteur potentiel d'une possible substitution des licenciements pour motif personnel au profit des licenciements pour motif économique.

¹⁹Il convient de noter qu'aux Etats-Unis, il n'y a pas de distinction telle qu'en France selon le type de licenciement, tout licenciement pouvant être pratiqué sans justification, sauf restriction spécifique incluse dans le contrat de travail (voir Annexe). Ainsi, la typologie des licenciements peut se fonder uniquement sur le fait que le licenciement est individuel ou collectif.

Ces différentes analyses témoignent du fait que l'environnement juridique encadrant le licenciement individuel pourrait peser fortement sur les négociations se déroulant entre les protagonistes, influencer les motifs invoqués lors du licenciement et ainsi avoir un impact important sur le montant des indemnités versées au travailleur concerné. Hormis cet effet direct, le système judiciaire peut également jouer un rôle prépondérant dans la relation de travail en tant que telle (en amont de la survenance d'un éventuel litige). Etant donné ce rôle avéré du système judiciaire, il semble primordial de s'intéresser à la question de son efficacité.

1.2 Les effets des indemnités de licenciement

Une question récurrente dans la littérature est celle des incitations à l'effort créées par la menace d'un licenciement : de nombreuses études empiriques montrent l'existence d'une relation négative entre la performance d'un salarié et sa probabilité d'être licencié (Weisbach, 1988 ; Jensen et Murphy, 1990 ; Kaplan, 1994). Une question similaire se pose concernant les indemnités de licenciement et leur impact sur l'effort du salarié ou ses investissements en capital humain spécifique (ces deux notions étant substituables dans la plupart des analyses).

Par ailleurs, les règles juridiques encadrant le licenciement et les décisions de justice s'y rapportant ont un impact sur la survenance des litiges et sur leur issue. A ce titre, il paraît important de faire le point sur l'évolution des litiges du travail, notamment en France, et de s'interroger sur l'efficacité du système judiciaire.

1.2.1 L'impact ex-ante du licenciement : les incitations à l'investissement

L'impact du licenciement et de ses modalités sur l'effort du salarié a été analysé d'un point de vue théorique. Certaines études empiriques ont également investi cette question, en considérant l'absentéisme comme une variable caractérisant le niveau d'effort.

a) Les analyses théoriques

Dans les études consacrées à cette question, le montant des indemnités de licenciement est choisi comme *proxy* de la protection de l'emploi au sens large et peut avoir deux effets opposés. D'un côté, la protection de l'emploi incite les salariés à investir dans du capital spécifique : en effet, percevant à travers la protection de l'emploi une relation de travail de long terme, ceux-ci sont incités à s'adapter au maximum à l'emploi pour lequel ils ont été embauchés, notamment en investissant dans du capital humain spécifique (Estevez-Abe *et al.*, 2001 ; Wasmer, 2006). Les indemnités de licenciement ont dans ce cas un "effet incitatif". Cet effet incitatif peut partiellement justifier le niveau de rigueur relativement important concernant la réglementation française du licenciement individuel²⁰, alors même que le débat se focalise généralement sur ses effets néfastes en termes de performance du marché du travail²¹. D'un autre côté, l'existence d'indemnités

²⁰A cet égard, le rapport de l'OCDE (1999) met en évidence une "exception française" : au sein d'un groupe de 22 pays de l'OCDE, seule la France a accentué la rigueur de la protection de l'emploi entre la fin des années 1980 et la fin des années 1990. Ce phénomène s'est récemment accentué avec la loi de modernisation sociale de janvier 2002, partiellement amendée en janvier 2003 (Cahuc, 2003).

²¹De nombreuses études empiriques mettent effectivement en évidence le fait qu'un accroissement de la rigueur de la protection de l'emploi entraînerait un allongement de la durée du chômage, du fait de l'impact négatif de la protection de l'emploi sur les créations d'emploi (Bentolila et Bertola, 1990), et une baisse du taux d'emploi, l'allongement de la durée du chômage se traduisant par des déperditions de capital humain qui pousseraient des chômeurs à devenir inactifs (Nickell, 1997 ; Machin et Manning,

de licenciement rend, par définition, le licenciement moins coûteux pour le salarié qui peut être “désincité” à investir puisque la menace en cas d’inadaptation à son emploi est moins importante : les indemnités ont alors un effet qualifié de “léthargique” (Ichino et Riphahn (2005) ; Goerke (2003)).

D’un point de vue théorique, Suedekum et Ruedemann (2003) ont pour objectif de déterminer quel effet (parmi les deux possibles) l’emporte sur l’autre, c’est-à-dire quel impact a précisément l’indemnité de licenciement sur les investissements spécifiques effectués par le salarié. Le cadre théorique est un modèle d’équilibre partiel à deux périodes dans lequel des salariés identiques sont employés par une même firme et choisissent leur niveau d’investissement. Le marché est imparfaitement concurrentiel et la firme a un certain degré de pouvoir de marché monopolistique. Le profit de la firme à la période t est le suivant :

$$\pi_t = p_t X_t - F_t - w_t L_t \quad (1.1)$$

où p_t représente le prix de vente par unité produite, X_t le nombre d’unités produites, F_t les coûts fixes de l’entreprise, w_t le taux de salaire par unité de travail (déterminé par le marché) et L_t le nombre d’unités de travail utilisées par la firme ($t = 1, 2$). Le pouvoir de marché de l’entreprise lui permet de majorer le prix de vente d’un facteur $1/\mu$ (avec $0 < \mu < 1$) tel que :

$$p_t = \frac{1}{\mu} (\beta w_t)$$

où $1/\beta$ est la productivité marginale du travail, telle que $L_t = \beta X_t$ ²².

1999). A cet égard, la protection de l’emploi favoriserait la segmentation du marché du travail entre, d’une part, des salariés protégés, bénéficiant d’emplois stables, et d’autre part des salariés contraints d’accepter des emplois à durée limitée et des chômeurs confrontés à une faible probabilité de retour à l’emploi (Saint-Paul, 2000). L’effet de la protection de l’emploi sur le taux de chômage reste quant à lui relativement ambigu dans la mesure où les résultats sont très sensibles aux spécifications des équations utilisées et des indicateurs retenus pour mesurer la protection de l’emploi (Bertola, 1992 ; Belot et Van Ours, 2001).

²²En outre, cette égalité suppose que le travail est le seul facteur de production. Les auteurs font également l’hypothèse que le taux de salaire est constant dans le temps (*i.e.* $w_1 = w_2 = w$).

A la première période, les salariés peuvent investir dans du capital humain, noté h , afin d'accroître le nombre d'unités de travail. Les gains de la firme (captés par la part variable du profit) et des travailleurs (captés par la masse salariale qu'ils se partagent de manière égalitaire entre eux) sont croissants par rapport au niveau de capital humain des salariés. Tous les salariés sont supposés adopter le même comportement d'investissement, ce qui fait que le travailleur représentatif choisira le niveau d'investissement optimal h^{*23} . Cependant, l'environnement dans lequel évoluent les protagonistes est stochastique dans la mesure où un choc exogène, survenant au début de la deuxième période et portant sur le montant des coûts fixes de la firme à cette période, peut contraindre cette dernière à cesser son activité et licencier ses employés²⁴. En l'absence de protection de l'emploi, la firme reste sur le marché en seconde période si le profit est positif (*i.e.* $\pi_2 > 0$) et procède à la liquidation dans le cas contraire. Cependant, l'existence d'indemnités de licenciement comme variable de protection de l'emploi rend l'arrêt de l'activité plus coûteux et modifie la condition de liquidation : l'activité est maintenue en seconde période si le profit est supérieur aux indemnités de licenciement versées à l'ensemble des travailleurs licenciés (*i.e.* $\pi_2 > -sL_1$, où s est le montant de l'indemnité reçue par chaque salarié)²⁵.

Dans ce contexte, le problème du salarié est de choisir le niveau d'investissement h

²³Notons que chaque travailleur peut être incité à adopter un comportement de passager clandestin en choisissant un niveau d'investissement sous-optimal bénéficiant de l'externalité positive induite par l'investissement effectué par les autres employés. Ce comportement stratégique n'est pas pris en compte par les auteurs.

²⁴Les coûts fixes de deuxième période, notés F_2 , sont en effet considérés comme une variable aléatoire distribuée uniformément sur l'intervalle $[F_1 - c, F_1 + c]$, où $c > 0$ est un paramètre exogène.

²⁵Les auteurs supposent que le montant s de l'indemnité de licenciement ne dépend pas du niveau d'investissement h effectué par le salarié. Il est à noter que cette hypothèse n'est pas triviale dans la mesure où un juge pourrait être amené à tenir compte de cet investissement, possiblement observable, dans la détermination de l'indemnité à verser à l'employé licencié. Cette remarque ne s'applique pas directement au modèle décrit ici dans la mesure où la présence de cette tierce partie n'est pas explicitement prise en compte.

qui maximise son utilité espérée inter-temporelle :

$$\max_h \psi = [w - \alpha(h)h + \delta(\rho hw + (1 - \rho)(s + w))] \quad (1.2)$$

où δ est le taux d'escompte, h le niveau d'investissement choisi, $\alpha(h)$ le coût unitaire subi par le travailleur et ρ la probabilité que la firme reste active en seconde période²⁶. Cette utilité espérée est constituée de deux arguments : le gain net du travailleur à la période 1 (*i.e.* $w - \alpha(h)h$) et son gain net (actualisé) à la période 2 qui dépend de la probabilité associée à la présence de la firme sur le marché (*i.e.* $\delta(\rho hw + (1 - \rho)(s + w))$).

La résolution du programme (1.2) et un exercice de statique comparative permettent de mettre en évidence l'impact de l'indemnité de licenciement s sur le niveau de capital humain optimal h^* . Ainsi, si le pouvoir de marché de la firme est suffisamment faible (*i.e.* $\mu > 1/2$), alors une hausse de l'indemnité de licenciement induit un accroissement du niveau d'investissement optimal (*i.e.* $dh^*/ds > 0$). L'intuition expliquant ce résultat est la suivante. Dans le cas où le pouvoir monopolistique de la firme est suffisamment faible, la part du rendement de l'investissement obtenue par le travailleur est élevée relativement à celle captée par l'employeur dans la mesure où l'augmentation espérée de la masse salariale partagée de manière égalitaire entre les employés est plus importante que celle du profit variable obtenu par la firme. Ainsi, si le montant de l'indemnité de licenciement augmente, il est optimal pour le travailleur d'accroître ses chances de maintenir son emploi au sein de la firme en augmentant son niveau de capital humain (*i.e.* l'effet incitatif de la protection de l'emploi l'emporte sur l'effet léthargique). Au contraire, dans le cas où le pouvoir de marché de la firme est suffisamment élevé, l'employé se voit exproprié par cette dernière d'une partie des rendements de son investissement (alors même qu'elle n'en assume pas le coût), ce phénomène l'incitant à sous-investir en capital humain de manière à maximiser ses chances de recevoir l'indemnité de licenciement

²⁶Nous savons que $\rho = Pr(\pi_2 > -sL_1)$. En utilisant l'équation (1.1) et après manipulation, nous obtenons : $\rho = Pr(F_2 < whL_1(1 - \mu)/\mu + sL_1)$. Ainsi, pour une valeur donnée des coûts fixes de deuxième période, la probabilité que la firme reste active dépend positivement du niveau d'investissement (ou de capital humain) et du montant de l'indemnité de licenciement.

s (*i.e.* l'effet léthargique de la protection de l'emploi l'emporte sur l'effet incitatif)²⁷.

Dans une optique similaire, Belot *et al.* (2006) étudient les incitations à l'effort (spécifique) que génère la protection de l'emploi, captée dans leur modèle à travers les coûts subis par la firme en cas de licenciement (et non par l'indemnité qu'elle verse au salarié licencié). Ces coûts prennent la forme d'une taxe versée à l'Etat. Dans le cadre d'un modèle d'équilibre général, les auteurs montrent qu'une augmentation des coûts de licenciement ou une amélioration de l'adéquation du salarié à son emploi entraînent une diminution du risque de licenciement et ainsi un accroissement de l'effort effectué par le travailleur au sein de la relation. En effet, le pouvoir de négociation du salarié lors du partage des profits liés à l'effort s'améliore et limite ainsi le phénomène de "hold-up" précédemment explicité. De ce point de vue, une hausse des coûts de licenciement améliore le bien-être social dans la mesure où elle permet de réduire le problème de sous-investissement de la part du salarié et d'accroître ainsi le niveau de production. Cependant, cette amélioration du pouvoir de marchandage du travailleur a un effet pervers du point de vue de la firme puisqu'elle entraîne un accroissement du salaire perçu par ce dernier, cet effet s'ajoutant à la hausse des coûts de séparation directement provoquée par l'accroissement des coûts de licenciement. Au total, l'effet positif (*i.e.* l'augmentation de l'effort) l'emporte sur l'effet négatif (*i.e.* la hausse du salaire versé) si l'effort est suffisamment élastique. Sous cette condition, la hausse des coûts de licenciement bénéficie aux deux parties et maximise ainsi le bien-être social²⁸. De manière générale, cette analyse a l'intérêt de montrer que le niveau optimal de protection de l'emploi varie selon les caractéristiques des salariés, telles que l'adéquation du travailleur à son emploi et l'élasticité de l'effort. Cette analyse complète en cela l'approche de Suedekum et Ruedemann (2003) qui montrent que l'efficacité de la protection

²⁷Ce phénomène de "hold-up" a largement été étudié dans la littérature relative à l'incomplétude des contrats et à l'allocation des droits de propriété (voir, par exemple, Grout (1984), Hart et Moore (1990), Hart (1995)).

²⁸Cet effet collectivement bénéfique serait *a priori* plus important si les coûts de licenciement étaient considérés uniquement comme une indemnité versée au travailleur, consistant ainsi en un transfert et non une perte au niveau social.

de l'emploi dépend des caractéristiques de la firme, notamment son pouvoir de marché. Suivant les implications macroéconomiques de leur analyse, les auteurs soulignent que la protection de l'emploi peut être trop faible dans certains pays (ne protégeant pas suffisamment les salariés contre un comportement opportuniste de capture de rente de la part de la firme) et trop élevée dans d'autres (incitant l'employeur à limiter la création d'emplois).

Ces différents modèles considèrent comme seule variable de protection de l'emploi les coûts de licenciement. En particulier, ils n'envisagent pas la possibilité d'une intervention explicite du système judiciaire à la suite du licenciement, intervention qui fait pourtant partie des mécanismes de protection de l'emploi. Or, l'éventualité que le juge intervienne en cas de licenciement afin de fixer l'indemnité à verser au salarié peut accroître les incitations à l'investissement. A ce titre, dans une perspective d'analyse de l'effet de l'indemnité de licenciement sur les investissements des parties, la prise en compte non seulement de l'indemnité fixée par la législation mais également de l'indemnité fixée par le juge semble justifiée. Ainsi, Deffains *et al.* (2007) étudient l'impact de l'indemnité de licenciement sur les investissements spécifiques des deux parties ; ils supposent que le licenciement mène à une négociation sur l'indemnité de licenciement et qu'en cas de désaccord, un juge sera chargé de déterminer le montant de l'indemnité de licenciement en tenant compte des investissements réalisés par chaque partie. L'objectif de leur étude est de déterminer s'il est important que le juge puisse intervenir et, si tel est le cas, la manière dont il devrait prendre sa décision de façon à fournir aux parties les incitations optimales à investir. Les auteurs montrent que l'indemnité fixée par le juge détermine les pouvoirs de négociation des parties lors de la négociation sur la prime, jouant ainsi un rôle déterminant dans les choix d'investissement des parties. L'effet de l'indemnité de licenciement sur ces décisions est ainsi démontré et rendu possible par la présence du système judiciaire. Azetsu et Kumagai (2006) considèrent également l'éventuelle intervention du système judiciaire et l'influence du niveau d'effort choisi sur le jugement (ici sur la probabilité de victoire de chaque partie en cas de procès) et mettent en relief leur interdépendance. Les auteurs précisent notamment que

l'existence de l'effet léthargique, précédemment explicité, est fondée sur l'absence d'une telle interdépendance, à savoir l'hypothèse selon laquelle la probabilité de victoire du salarié en cas de procès est indépendante du niveau d'effort fourni par ce dernier lors de la relation de travail. Durant la relation de travail, le salarié peut soit fournir un effort nul (salarié "tire-au-flanc"), soit fournir un effort positif; or, les auteurs montrent que l'effet positif de l'indemnité de licenciement sur l'effort du salarié dépend du lien entre cet effort et la précision du jugement. Cela vient du fait qu'un salarié tire-au-flanc peut être licencié sans indemnité (licenciement pour faute), tandis qu'un salarié travailleur doit recevoir une indemnité de licenciement de la part de son employeur. Si le salarié licencié porte plainte, la justice doit déterminer si le licenciement est injustifié, auquel cas le salarié licencié reçoit une indemnité de licenciement, ou justifié, auquel cas il ne reçoit rien. Si la justice possédait une information parfaite sur l'effort du salarié, cela lui procurerait une incitation à exercer un effort élevé de façon à se voir allouer une indemnité de licenciement par le juge. Mais l'évaluation du licenciement par la justice peut être erronée : ainsi, ce n'est que si le juge évalue correctement l'effort du salarié qu'une hausse de l'indemnité de licenciement réduit le bénéfice attendu du tire-au-flanc et possède donc des vertus incitatives en termes d'investissement. Dans le cas contraire, l'augmentation de l'indemnité de licenciement incite toujours le travailleur à "tirer au flanc" dans la mesure où le licenciement est moins coûteux pour lui (effet léthargique).

b) Les études empiriques

D'un point de vue empirique, la variable d'effort étant par nature inobservable, aucune étude portant explicitement sur le niveau d'effort des salariés et ses déterminants n'a été menée. Cependant, les analyses ayant pour objet d'étude le lien entre protection de l'emploi et effort considèrent le nombre de jours d'absence comme une approximation raisonnable du comportement du salarié en termes d'effort. De plus, ces analyses ne captent pas la protection de l'emploi seulement à travers l'indemnité de licenciement, mais également *via* l'utilisation de *proxies* représentant le risque de licenciement.

Dans le contexte italien, Ichino et Riphahn (2005) ont pour objectif d'évaluer l'effet de la protection de l'emploi sur le comportement des travailleurs. Comme paramètre de protection de l'emploi, ils n'utilisent pas l'indemnité de licenciement mais la fin de la période d'essai. En effet, durant cette période de trois mois, un salarié peut être licencié sans motif précis tandis que passé ce délai, il bénéficie de la protection de son emploi que lui confère la législation. La variable expliquée est le changement de comportement en termes d'absentéisme une fois cette période terminée, représenté par la différence entre le nombre moyen de jours d'absence pendant et après la période d'essai. La variable explicative, à savoir la fin de la période d'essai, ainsi que de nombreuses variables de contrôle saisonnières et invariantes dans le temps (telles que l'âge, le nombre d'années d'études, le statut marital) sont introduites dans une régression sur données de panel. Les résultats montrent que l'absentéisme augmente fortement lorsque la sécurité de l'emploi est garantie pour les employés : le nombre moyen de jours d'absence par semaine est multiplié par trois pour les hommes une fois leur période d'essai achevée²⁹.

Ce lien entre protection de l'emploi et absentéisme ne semble pas être une singularité propre à l'Italie³⁰. Riphahn (2004) utilise des données de panel allemandes et part du constat que le risque de licenciement est plus élevé dans le secteur privé que dans le secteur public : d'une part, les critères de licenciement requis dans le secteur public sont plus sévères que dans le secteur privé et d'autre part, certains salariés du secteur public ne peuvent plus être licenciés s'ils ont atteint un certain âge et une certaine ancienneté. L'auteur réalise une estimation "*differences-in-differences*" : il s'agit d'étudier la différence de comportement en termes d'absentéisme entre secteurs privé et public avant et après que la condition d'âge-ancienneté assurant le maintien dans l'emploi a

²⁹Le même phénomène est observé concernant les femmes, mais dans des proportions moindres en termes relatifs : cela vient du fait que même avant la fin de la période d'essai, elles sont plus absentes que les hommes en moyenne.

³⁰A notre connaissance, aucune étude relative à l'impact de la protection de l'emploi sur l'absentéisme n'a été menée sur données françaises. Seul un article récent s'intéresse à cette question en analysant l'impact d'une composante spécifique de la protection de l'emploi sur l'absentéisme, à savoir le type de contrat de travail (Chaupain-Guillot et Guillot, 2007).

été remplie. L'hypothèse est la suivante : lorsque les effets de l'âge et de l'ancienneté (ainsi que d'autres variables relatives à la santé, au secteur d'activité ou aux caractéristiques personnelles) ont été contrôlés pour toute différence d'absences entre les deux secteurs, la différence de comportement tient aux règles de protection de l'emploi qui sont également différentes. Les résultats révèlent que le fait d'atteindre une position de "non-licenciable" a pour effet d'accroître de plus de 30% le nombre moyen de jours d'absence annuel.

Les analyses empiriques se rapprochant de l'étude de l'impact de la protection de l'emploi sur le comportement du salarié vont donc clairement dans le sens de l'effet léthargique de la protection de l'emploi ; cela ne corrobore pas les résultats théoriques puisque ceux-ci plaident en faveur, soit d'un effet incitatif, soit d'un balancement entre les deux effets selon les cas. Par ailleurs, alors que certaines analyses théoriques intègrent le comportement d'investissement des deux parties au sein de la relation de travail (Suedekum et Ruehmann (2003) ; Deffains *et al.* (2007)), les études empiriques ne considèrent que le comportement du salarié. Enfin, la comparaison des résultats empiriques aux prédictions théoriques est difficile étant donné que les variables explicatives utilisées pour les tests économétriques sont des *proxies* parfois très approximatives des variables prises en compte de façon théorique. Néanmoins, ces études ont le mérite de montrer que le système judiciaire et l'intervention potentielle du juge ne sont pas neutres sur la relation de travail existant entre les protagonistes, en dehors de toute perspective de licenciement. Ces éléments amènent naturellement à s'interroger sur la légitimité de cette intervention et à s'intéresser à la manière dont les juges forment leurs décisions.

1.2.2 L'impact ex-post du licenciement : le rôle du système judiciaire

Il est très difficile d'identifier dans la littérature des éléments précis sur la proportion de désaccords lors de la rupture du contrat de travail qui se terminent par une transaction en dehors de la sphère judiciaire, ou bien par le recours au tribunal par l'une des parties et donc par l'intervention de la justice. En revanche, plusieurs études fournissent des informations sur le nombre et le cheminement des litiges, une fois l'affaire portée devant la justice ; il apparaît que ce nombre est particulièrement élevé. Dans ce contexte, les questions relatives à l'efficacité et à la légitimité du système judiciaire sont primordiales.

a) Procédure de résolution et évolution quantitative des litiges du travail

En France, la grande majorité des litiges individuels du travail (97%) sont gérés par les CPH et font l'objet du titre 1 du Livre V du Code du travail, intitulé "Conflits individuels"³¹. La procédure prud'homale est contradictoire, orale et paritaire ; il s'agit également d'une justice gratuite, sauf en cas de recours (facultatif) à un avocat. La représentation des parties peut être faite au choix par un avocat, un délégué syndical, un salarié ou un employeur appartenant à la même branche d'activités. Si une partie

³¹L'article L.511-1 du Code du travail leur donne compétence exclusive pour régler "les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient [...]". Les autres litiges du travail sont réglés par les Tribunaux d'instance, en charge notamment des litiges relatifs à la désignation et l'élection de certains personnels ainsi que des procédures de "départition" (voir infra), ou par les Tribunaux de grande instance qui s'occupent notamment des conflits relatifs à la consultation des salariés en vue de mesurer la représentativité des organisations syndicales de salariés de la branche, ou à l'interprétation des conventions collectives lors de la rupture du contrat.

décide d'avoir recours au CPH, l'affaire débute par une procédure de conciliation lors de laquelle les parties tentent de trouver un arrangement amiable en présence de deux conseillers prud'homaux et de leur représentant respectif³². La conciliation peut être totale, partielle ou nulle selon les points sur lesquels les parties trouvent un accord. Dans ce dernier cas, elle est renvoyée devant le bureau de jugement composé de quatre juges prud'homaux chargés de trancher l'affaire. Si aucune majorité ne se dégage, une procédure de "départage" a lieu en présence d'un juge du tribunal d'instance ayant pour mission d'arbitrer la décision. En revanche, si les juges prud'homaux se mettent d'accord, trois issues sont possibles : soit le jugement est exécuté ; soit une partie (ou les deux) fait (font) appel auprès d'une Cour d'appel qui jugera à nouveau l'affaire ; soit enfin une partie fait appel auprès de la Cour de cassation, chargée de veiller au respect des règles de droit par les tribunaux. Le *Schéma 1* résume l'ensemble de ce processus.

Cette procédure détaillée est spécifique à la France, mais la structure globale de règlement des litiges, à savoir une tentative obligatoire de conciliation, un jugement devant un tribunal spécialisé et une possibilité de faire appel, est commune à de nombreux pays européens tels que l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne et le Portugal³³.

Il n'existe aucune analyse empirique relative au traitement judiciaire des litiges du travail spécifique à la France ; cela vient probablement de la difficulté de recueillir des données étant donné leur caractère confidentiel. L'étude la plus complète, mais purement descriptive, est le rapport de Munoz-Perez et Serverin (2005) qui couvre la période 1993-2003. Durant cette période, le nombre de litiges enregistrés par le CPH a stagné et s'élève

³²La conciliation n'est pas obligatoire dans le cas d'un jugement en référé : le référé constitue une procédure particulière survenant lorsque, présentée par l'employeur ou le salarié, la demande n'est pas sérieusement contestable ou lorsqu'il s'agit de faire cesser un trouble manifestement illicite (le licenciement d'un salarié durant l'exercice de son droit de grève par exemple).

³³Les autres pays européens connaissent quelques différences de procédure : par exemple, la recherche d'une conciliation n'est pas obligatoire en Grande-Bretagne ; par ailleurs, dans certains pays tels que les Pays-Bas, la Grèce ou l'Italie, les affaires sont jugées par des tribunaux civils (*i.e.* non spécialisés dans les litiges du travail).

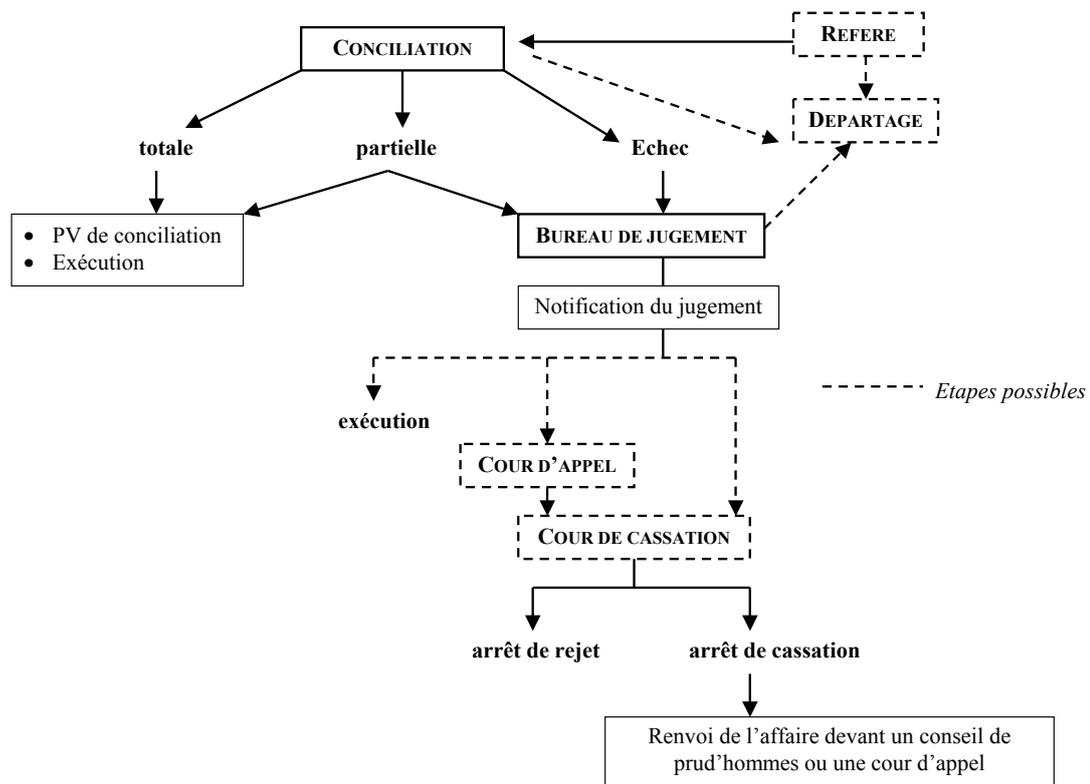


Schéma 1 : La procédure de résolution des litiges du travail en France

Source : Ministère des Affaires Sociales, du Travail et de la Solidarité (2002).

en 2003 à un peu plus de 220 000 affaires, pour un nombre total de licenciements de 772 000. Le nombre de licenciements pour motif personnel représente actuellement près du triple du nombre de licenciements économiques (568 778 contre 203 245 en 2003) et le taux de recours à la suite d'un licenciement pour motif personnel est également très élevé, atteignant plus de 25% tandis qu'il n'est que de 2,6% lorsque le licenciement est d'ordre économique. Dans ce contexte, il apparaît que les litiges liés à un licenciement pour motif personnel représentent plus de 95% des affaires traitées par le CPH³⁴. Par ailleurs, les conflits connaissent un certain "durcissement" au sens où ils restent de plus

³⁴Le principal motif de litige est la contestation de la cause de la rupture : il représente plus de 60% des affaires réglées par le CPH.

en plus longtemps dans le système judiciaire : ce phénomène tient principalement au fait que le taux d'appel sur jugements prononcés par le CPH a crû dans des proportions très importantes depuis une vingtaine d'années, atteignant 62,2% en 2003³⁵. La situation que connaît la France quant à l'évolution judiciaire des litiges du travail n'est pas commune à tous les pays européens. Ainsi, observant l'évolution des litiges individuels du travail en Angleterre et en Allemagne, Schneider (2005) montre que le nombre de litiges dans ces deux pays connaît une tendance à la hausse : le nombre d'affaires résolues par les "British industrial tribunals" entre 1970 et 1997 est ainsi passé de 29 000 à 74 000, tandis qu'en Allemagne, il est passé de 45 000 à 310 000. Si cette évolution n'est pas semblable à la situation française pour laquelle ce nombre est stable, ces trois pays se rapprochent tout de même sur un point : la tendance à l'individualisation des litiges du travail. En effet, si le nombre de recours déposés devant les tribunaux en Allemagne ou en Angleterre a augmenté, il semble en revanche que les actions de grève se soient réduites, témoignant d'une réduction des conflits collectifs. Alors qu'aucune analyse visant à expliquer l'évolution des litiges n'a été menée sur le cas français, Schneider fournit des explications sur l'évolution des litiges anglais et allemands : l'évolution du taux de chômage et les modifications législatives auraient eu un impact sur le nombre de plaintes déposées. En effet, la hausse du chômage apparaîtrait corrélée à une hausse du nombre de plaintes pour licenciement injustifié ; par ailleurs, les changements de législation provoqueraient une plus grande incertitude sur les résultats des litiges et mèneraient à l'accroissement de leur nombre.

Au-delà de l'évolution ou alternativement de la stagnation des litiges individuels du travail en termes quantitatifs, se pose la question des jugements rendus par les tribunaux. En ce qui concerne la résolution des affaires par le système judiciaire, Munoz-Perez et Serverin (2005) observent que 50% des affaires portées devant la justice ne sont pas

³⁵Ce taux d'appel est extrêmement élevé comparé au taux d'appel sur les jugements rendus par les autres tribunaux en matière civile. En effet, le taux d'appel est de 4,6% concernant les jugements rendus par les Tribunaux d'instance, de 11,7% pour les Tribunaux de commerce et de 14,7% pour les Tribunaux de grande instance.

jugées par le tribunal, en raison d'une radiation de l'affaire³⁶, d'un abandon par le plaignant ou du succès de la conciliation. Le taux de conciliation est cependant assez faible, inférieur à 10%. Enfin, concernant les décisions prises par le CPH, les auteurs mettent en relief quatre résultats possibles : ainsi, 37,7% des demandeurs³⁷ ayant obtenu un jugement au fond obtiennent une satisfaction au moins partielle, 26,8% suivent une trajectoire présumée gagnante (englobant notamment les désistements, conciliations et transactions), 14,8% sont touchés par une radiation et enfin, 20% sont considérés comme perdants (déboutés, frappés d'irrecevabilité ou de caducité). Plus largement, Galdon-Sanchez et Güell (2004) mènent une analyse théorique et mettent en avant certains faits stylisés sur les résultats des litiges pour cinq pays de l'OCDE : la France, l'Italie, l'Espagne, le Royaume-Uni et les Etats-Unis. Les résultats statistiques diffèrent de ceux de Munoz-Perez et Serverin (2005) mais s'appliquent à une période différente : selon ces auteurs, le CPH aurait tranché dans plus de 70% des conflits en faveur du salarié sur la période 1982-1998 en moyenne. Aucune précision n'étant donnée sur le sens plus précis d'une décision dite "en faveur du salarié", il est difficile de comparer les résultats obtenus par les deux études. En revanche, cette analyse permet de comparer les décisions entre différents pays. Elle met ainsi en évidence le fait que les tribunaux trancheraient également davantage en faveur du salarié en Espagne, alors que les résultats sont plus mitigés en Italie et au Royaume-Uni, les salariés gagnant dans environ 50% des cas ; aux Etats-Unis, la tendance des tribunaux serait plutôt de trancher en faveur de l'employeur. Galdon-Sanchez et Güell fournissent un fondement théorique à ces résultats. Ils montrent que la probabilité qu'une affaire aille en justice et la probabilité de victoire

³⁶La radiation "est une mesure d'administration judiciaire que peut prendre le magistrat qui préside une audience lorsque les parties n'y comparaissent pas ou ne s'y sont pas fait représenter, ou lorsque, bien qu'ils se présentent à l'audience le magistrat constate que malgré l'injonction qu'il leur a faite d'accomplir une formalité qu'il leur avait prescrite, les parties ont négligé d'accomplir les diligences procédurales qui leur incombent. La radiation ne met pas fin au procès. L'affaire est seulement retirée du rôle de l'audience, pour être ensuite replacée au rôle d'une autre audience après qu'il ait été justifié que les parties s'intéressent à nouveau au sort de la procédure et qu'elles se sont mises en état" (Source : www.dictionnaire-juridique.com).

³⁷Les demandes sont faites par les salariés dans 98% des affaires.

du plaignant dépendent à la fois du coût d'aller en justice pour les parties et du rapport entre l'indemnité de licenciement pour motif économique et l'indemnité accordée par le tribunal en cas de licenciement jugé injustifié³⁸. Ce résultat confirme le fait que dans les pays où l'écart entre l'indemnité pour licenciement justifié et l'indemnité pour licenciement injustifié est faible, les salariés gagnent en majorité, tandis que là où cet écart est élevé, les salariés gagnent avec une probabilité de 1/2.

Globalement, cette tendance à l'individualisation et au durcissement des litiges du travail place le système judiciaire au centre du processus de licenciement. Il est alors légitime d'analyser l'efficacité de ce système et de s'intéresser à la manière dont les décisions sont prises par ses principaux acteurs, à savoir les juges du travail.

b) La place du système judiciaire dans les litiges du travail

Suivant la littérature présentée dans la Section 1.1, la question du rôle du système judiciaire est d'autant plus importante que l'intervention de ce dernier, voire sa simple présence, n'est pas neutre dans la mesure où elle(s) influence(nt) à la fois la relation de travail et la résolution des litiges, le cas échéant. Par ailleurs, si le droit du travail semble encadrer assez strictement les motifs de licenciement, l'application de ces principes est en réalité plus complexe : en effet, les prescriptions du Code du travail laissent une place importante à l'interprétation subjective de ces motifs par les juges du travail. Par exemple, la simple question de la survenance d'une faute est prétexte à débats selon l'échelle de valeurs que les agents adoptent pour la caractériser. Ainsi, les juges, particulièrement en droit du travail, possèdent un pouvoir discrétionnaire important et peuvent selon leurs propres critères de décision, infirmer ou confirmer une décision de licenciement prise par un employeur. Paradoxalement, la façon dont les juges prennent leurs décisions est une question assez peu étudiée jusqu'à présent, comme en atteste cette remarque de Posner (1993, p.2) : "*At the heart of economic analysis of law is a*

³⁸Voir la Section 1.1 pour une exposition plus détaillée du modèle.

mystery that is also an embarrassment : how to explain judicial behavior in economic terms...". En effet, les critères de décision des juges apparaissent comme une "boîte noire" et peu d'économistes ont tenté de déterminer les facteurs intervenant dans la fonction d'utilité de ces agents. Les analyses se rapprochant le plus d'une telle tentative se trouvent dans la littérature sur les choix publics ou dans celle des choix bureaucratiques. La première, qui s'applique essentiellement au modèle américain dans lequel les juges sont majoritairement élus, postule que ceux-ci prendraient leurs décisions de façon à maximiser leur probabilité de réélection (Stigler, 1971). La deuxième, qui concerne essentiellement un système dans lequel les juges sont nommés, fait l'hypothèse qu'ils chercheraient à maximiser leur pouvoir ou leur nomination à un poste plus élevé (Higgins et Rubin, 1980)³⁹. Dans les deux cas, les juges semblent poursuivre principalement leurs intérêts propres (Macey, 1994). Par ailleurs, une autre littérature évoque non pas les facteurs pris en compte par les juges dans leurs décisions, mais l'efficacité de ces décisions. Ainsi, selon Posner (2007), les juges prendraient leurs décisions comme si leur objectif implicite était l'efficacité économique. Il applique essentiellement sa théorie au droit anglo-saxon dans lequel les juges créeraient des règles majoritairement efficaces d'un point de vue économique au sens où elles permettraient de maximiser la richesse sociale⁴⁰. Ces différentes approches, qui consistent soit à émettre des postulats sur les préférences des juges, soit à faire des hypothèses sur les résultats de leurs décisions, ne fournissent pas d'analyse convaincante sur les déterminants de ces décisions. En ce qui concerne la question plus particulière des juges du travail, des tentatives de réponse à ces interrogations commencent cependant à apparaître ; deux études récentes réalisées par des économistes du travail ont ainsi amorcé l'analyse de ce sujet.

Ichino *et al.* (2003) analysent les jugements rendus par les juges du travail dans le contexte de litiges nés à la suite de licenciements pour motif personnel et les mettent en parallèle avec les caractéristiques du marché du travail. Plus particulièrement, leur

³⁹Dans cette perspective, Cooter (1983) met en relief les différences d'objectifs entre les juges privés, qui sont élus, et les juges publics, qui sont nommés.

⁴⁰A ce sujet, voir le survey de Rubin (1999).

objectif est d'étudier, à partir des données d'une grande banque italienne sur la période 1979-1995, le lien entre le taux de chômage dans l'économie et les décisions prises par les juges dans des affaires de licenciement pour faute. Ils utilisent un modèle probit bivarié dans lequel les variables expliquées sont notamment la probabilité de procès et le degré de gravité de la faute jugée par le tribunal. Plusieurs variables explicatives sont introduites, dont le taux de chômage, la zone géographique considérée ou encore certaines caractéristiques personnelles. L'analyse met en relief deux résultats principaux : d'une part, ils montrent qu'au sein des régions qui connaissent un taux de chômage élevé, le degré de gravité des fautes à l'origine du licenciement est plus élevé que dans les autres régions. D'autre part, alors que l'on pourrait s'attendre, étant donné ce lien, à ce que les juges tranchent davantage en faveur des employeurs, il n'en est rien : en effet, les résultats attestent du fait que lorsque le taux de chômage est élevé, les juges sont amenés à favoriser les salariés au détriment des employeurs. Ainsi, une même faute commise par un salarié pourrait légitimer un licenciement lorsque le taux de chômage est faible et ne serait pas condamnable lorsque le taux de chômage est élevé. Cette analyse montre que les conditions macroéconomiques locales constituent l'un des critères de décision des juges du travail.

L'article de Marinescu (2005) prolonge les résultats précédents par une analyse portant sur le Royaume-Uni, en introduisant une nouvelle variable économique comme critère de décision des juges : le taux de faillite des entreprises. Selon Marinescu, les conditions économiques, ici le taux de chômage et le taux de faillite des entreprises, ont un impact sur les jugements rendus par les juges du travail. Cependant, cet effet varierait selon la situation du salarié licencié au moment du jugement. Plus précisément, lorsque les taux de chômage et de faillite sont élevés, les travailleurs ayant trouvé un nouvel emploi au moment du procès connaissent une baisse de leur probabilité de gagner le procès ; à l'inverse, les salariés toujours au chômage bénéficient d'un effet positif du taux de chômage sur cette probabilité. Marinescu déduit de ces résultats que les juges maximiseraient le bien-être joint de la firme et du salarié en adaptant les coûts

de licenciement aux circonstances économiques locales et individuelles⁴¹.

Hormis le fait qu'elles démontrent la prise en compte par les juges du travail de facteurs se situant en dehors de la sphère juridique, le point commun des analyses de Ichino *et al.* (2003) et de Marinescu (2005) est de poser la question originale du véritable rôle du juge. En effet, il semble vraisemblable que le juge intègre dans sa prise de décisions certains facteurs économiques, sur lesquels les parties n'ont aucun pouvoir. On peut inférer de ces analyses positives que le juge pourrait peser sur l'équité dans la relation entre les parties. Cette idée va dans le sens de la non-neutralité du rôle du juge et rejoint ainsi les modèles précédemment cités sur l'impact de la présence du système judiciaire sur la relation de travail⁴². Dans cette optique, deux principales propositions de réformes législatives sont évoquées dans la littérature économique : la première a pour objectif de modifier la procédure de résolution des conflits afin d'en réduire le coût ; la seconde consiste à limiter le rôle du juge dans les litiges individuels dus à un licenciement.

Chappe et Doriat-Duban (2003) étudient les procédures de résolution des conflits du travail, en particulier la conciliation et la médiation, dans une optique comparative. Alors que la phase de conciliation est obligatoire dans le cadre du règlement d'un litige devant le CPH, la procédure de médiation est non seulement facultative, mais elle est rarement proposée dans ce type de conflit. Pourtant, selon les auteurs, celle-ci semble connaître une certaine réussite lorsqu'elle est proposée⁴³. Outre le fait que la médiation laisserait aux parties davantage de temps pour trouver un accord que la procédure de

⁴¹Ces éléments renvoient à l'argument de Posner (voir supra) selon lequel les juges prendraient des décisions permettant de maximiser le bien-être social.

⁴²La notion de neutralité est à distinguer de celle d'impartialité. En effet, un juge est toujours tenu d'être impartial ou en d'autres termes, équitable entre les parties. La neutralité du juge, en revanche, ou plus précisément de son rôle, est par définition impossible puisque ce dernier est chargé, dans le jugement qu'il rend, de trancher. Or, le simple fait de prendre une décision en faveur de l'une des parties est contraire à toute forme de neutralité.

⁴³A titre d'exemple, elle est pratiquée par la Chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble.

conciliation, ce succès s'expliquerait principalement par le rôle du tiers lors des négociations. En effet, lors d'une procédure de conciliation, les juges conciliateurs peuvent faire partie de ceux qui jugeront l'affaire si celle-ci va en jugement, ce qui n'est pas le cas dans la médiation. Or, cela peut inciter les parties à formuler des propositions extrêmes et ainsi limiter leur capacité à parvenir à un accord par elles-mêmes⁴⁴. Les juges conciliateurs, souhaitant se rapprocher le plus possible des attentes des parties, peuvent être amenés à adopter un comportement de compromission. Cette recherche du meilleur compromis se concrétise par la prise en compte par les juges des propositions des parties et de leurs estimations de ce que devrait être la sentence en fonction de leur interprétation des faits (Farber et Bazerman, 1986). Une surpondération des propositions exprimées par les parties dans la prise de décision des juges peut les amener à imposer une sentence partageant la différence entre ces propositions. Dans ce cas extrême, les protagonistes seront naturellement incités à formuler des exigences fortement divergentes de manière à maximiser leurs gains à l'issue du litige. Les auteurs soutiennent que cet effet peut se manifester lors d'une procédure de conciliation, tandis qu'il ne s'appliquerait pas à la médiation dans la mesure où cette procédure se déroule en présence d'un tiers neutre n'intervenant pas lors de l'éventuel procès⁴⁵. Par ailleurs, les auteurs analysent les conditions de réussite de la médiation et montrent que cette réussite dépend de son degré de prédiction des résultats du procès. Plusieurs cas sont à distinguer : si la médiation permet de prédire parfaitement le résultat du procès, alors elle est toujours tentée si sa valeur espérée est positive et conduit à un accord amiable si la proposition du médiateur est plutôt favorable au demandeur ; si la prédiction est imparfaite, l'issue du litige, à savoir accord amiable ou jugement, dépendra de la valeur espérée nette de chacune⁴⁶.

⁴⁴Ce phénomène, appelé "effet de glaciation" (*chilling effect*), a largement été étudié dans la littérature économique consacrée à la procédure d'arbitrage (Farber, 1981 ; Chappe, 2001a).

⁴⁵Cette affirmation peut cependant être discutée dans la mesure où elle repose sur une hypothèse restrictive quant à l'existence de l'effet de glaciation : le poids que les juges accordent aux faits est supposé indépendant des exigences des parties. Or, lorsque ces exigences sont extrêmes, les juges pourraient être incités à déconnecter la prise de décision de ces propositions de manière à tenir compte plus largement des faits objectifs liés au conflit, limitant ainsi fortement l'effet pervers mentionné.

⁴⁶Nous ne développons pas davantage les analyses relatives aux modes alternatifs de résolution des

D'autres auteurs, notamment Blanchard et Tirole (2004), évoquent la possibilité, sous certaines conditions, de restriction du rôle du système judiciaire dans les litiges individuels du travail. En effet, ces auteurs font des propositions visant à réformer le système de protection de l'emploi en France. Trois axes de réforme sont évoqués : mettre en place un système unique de protection de l'emploi, responsabiliser financièrement les entreprises lors d'un licenciement et enfin, réduire le rôle du système judiciaire dans le cadre d'un conflit consécutif à un licenciement. Concernant cette troisième mesure, qui vise précisément à modifier le rôle du juge lors d'un tel litige, les auteurs font une distinction nette entre le licenciement pour motif personnel et le licenciement économique, le rôle du juge devant être différent selon le cas. Afin de comprendre l'argument utilisé, il faut auparavant revenir sur l'idée de responsabilisation financière de l'entreprise : dans ce schéma, une entreprise licenciant un (ou plusieurs) salarié(s) devrait s'acquitter d'une taxe sur le(s) licenciement(s). Alors qu'actuellement, les contributions des entreprises versées à la caisse d'assurance chômage sont entièrement mutualisées (puisque ces contributions sont calculées sur la base de la masse salariale), une telle responsabilisation permettrait d'internaliser le coût du licenciement puisque les entreprises prendraient en charge ce coût. Les auteurs précisent que cette taxe ne serait cependant pas due dans le cas d'un licenciement pour faute sérieuse afin que l'entreprise ne soit pas pénalisée lorsqu'elle licencie un salarié ayant commis une faute ; un salarié licencié pour ce motif conserverait le droit de contester le bien-fondé de son licenciement, le CPH ayant ce contrôle pour mission. Cependant, dans le cas d'un licenciement économique, le juge n'ayant ni l'information, ni les compétences nécessaires, la justice ne devrait pas pouvoir intervenir et ce, d'autant moins que le coût de ce licenciement serait pris en charge par l'entreprise elle-même (*via* le versement de la taxe). Ainsi, les auteurs estiment que si l'entreprise assumait le coût de sa décision, le tribunal n'aurait plus à interférer. L'idée sous-jacente est que la justice ne devrait pas avoir la possibilité de se substituer à la décision d'un employeur de licencier un salarié s'il en assume le coût. Ainsi, dans l'hypothèse où un tel système serait instauré, le rôle du CPH serait

conflits dans la mesure où ces analyses ne sont pas propres aux litiges du travail. Par ailleurs, plusieurs revues de littérature ont déjà été consacrées à cette thématique (Chappe, 2001b ; Wall *et al.*, 2001).

largement réduit par rapport à la situation actuelle. Sa principale fonction consisterait essentiellement à vérifier qu'un licenciement pour motif économique n'a pas été déguisé en licenciement pour motif personnel ou en démission, ou encore de s'assurer qu'aucune discrimination n'est à l'origine du licenciement.

1.3 Conclusion

Ce chapitre a pour objet de faire le point sur une littérature relativement récente mais qui se développe très rapidement. Pendant de nombreuses années, les recherches portant sur le rôle de la protection de l'emploi se sont focalisées principalement sur l'impact de celle-ci sur les performances du marché du travail, analysant l'effet de la législation sur la durée du chômage, le taux d'emploi ou encore le taux de chômage (Addison et Teixeira, 2003 ; L'Haridon et Malherbet, 2003). Cependant, depuis une dizaine d'années, les économistes analysent également l'influence de la protection de l'emploi, tant juridique que judiciaire, sur le comportement des agents économiques pendant la relation de travail et lors des litiges liés à sa rupture. De manière générale, les conclusions de Smith (1962) selon lesquelles les règles de fonctionnement du marché déterminent le comportement des agents économiques lors de l'échange s'appliquent pleinement ici. En effet, les interactions se développant entre les parties apparaissent en grande partie guidées par des facteurs juridiques : confrontés à certaines lois et à un certain système judiciaire, les acteurs les utilisent, les contournent et les manipulent le cas échéant. Les arguments et analyses exposés dans cet article ont ainsi de nombreuses implications en termes de politiques économique et législative : les autorités concernées doivent tenir compte de la capacité réactive des agents économiques afin de structurer efficacement les règles de droit relatives au licenciement, ces règles ayant un impact déterminant sur le comportement des parties lors de la séparation et en amont de celle-ci. Plus spécifiquement, l'économie peut aider le droit à trouver des mécanismes permettant d'optimiser l'utilisation des règles juridiques propres à la relation de travail,

notamment en réduisant leur manipulation par les parties à cette relation. Concernant les litiges du travail, l'économie pourrait jouer un rôle plus important dans le développement de mécanismes judiciaires et extrajudiciaires visant à accroître l'efficacité de la résolution des litiges. De façon similaire, l'analyse économique peut permettre de nourrir le débat sur l'efficacité de la justice du travail en apportant de nouveaux fondements aux arguments avancés par les juristes et les professionnels du droit.

Cette analyse est bien amorcée mais demeure encore incomplète. En effet, il existe peu de comparaisons tant théoriques qu'empiriques de l'efficacité des différents mécanismes de résolution des conflits pratiqués au sein ou en dehors du système judiciaire, tels que l'arbitrage, la médiation ou la conciliation. En outre, d'un point de vue méthodologique, les moyens d'analyse des études empiriques sont parfois limités, notamment lorsque l'on souhaite observer le changement de comportement des individus suite à la mise en place d'une nouvelle législation. En effet, ce type de situation n'est observable qu'à la condition que certaines politiques publiques soient ou aient été mises en oeuvre. A cet égard, la méthodologie expérimentale apparaît prometteuse dans la mesure où elle permet de simuler l'abstraction de la théorie dans le cadre contrôlé d'un laboratoire et ainsi de "provoquer" ces situations afin d'en observer les conséquences et de fournir une meilleure compréhension des motivations individuelles à différents stades de la relation de travail⁴⁷.

⁴⁷Voir, par exemple, Falk et Huffman (2007).

Annexes

Modalités de licenciement dans quelques pays de l'OCDE (Union Européenne et Etats-Unis)

Sources : OCDE (1999) et Bertola et al. (1999)

		Allemagne	Espagne	Etats-Unis	France
Obligation d'information sur la cause du licenciement	Orale	Oui	Oui	Non	Oui
	Ecrite	Non	Oui	Non	Oui
Période de préavis ----- Lecture: 4 semaines < 2 ans = "préavis de 4 semaines si l'ancienneté est inférieure à 2 ans"		4 semaines < 2 ans, 1 mois < 5 ans, 2 mois < 8 ans, 3 mois < 10 ans, 4 mois < 12 ans, 5 mois < 15 ans, 6 mois < 20 ans, 7 mois > 20 ans	30 jours pour les salariés licenciés pour raisons objectives. Pour les salariés sous contrat à durée déterminée : 0 < 1 an, 15 jours > 1 an.	Aucune réglementation juridique (mais elles peuvent apparaître dans certains accords collectifs ou certaines politiques d'entreprise).	1 mois < 2 ans, 2 mois > 2 ans
Indemnités légales		Pas d'obligation légale, mais celle-ci peut être incluse dans les accords collectifs et les plans sociaux.	Aucune, sauf pour les salariés sous contrat dans des agences de travail temporaire qui obtiennent 12 jours par année d'ancienneté.		1/10 ^e de salaire mensuel par année d'ancienneté + 1/15 ^e de salaire mensuel au-delà de 10 ans d'ancienneté
Définition du Licenciement Justifié		Facteurs liés à la personne du salarié, à sa conduite ou raisons économiques	Motivé par des raisons disciplinaires ou objectives (économiques, technologiques, organisationnelles)	Tout licenciement peut être pratiqué sans justification ou explication (concept de l'« employment-at-will »), sauf si les parties ont placé des restrictions	Raisons économiques ou raisons liées à la conduite ou à la performance du salarié
Définition du Licenciement Injustifié		Le salarié pourrait être maintenu à un autre poste, dans la même entreprise et licenciement pour raison économique où certaines « considérations sociales » n'ont pas été prises en compte	Discrimination (sexe, race, condition sociale, idées politiques ou religieuses, langue ou appartenance syndicale)	restrictions spécifiques sur la terminaison du contrat de travail ou bien si le salarié est protégé par la législation contre la discrimination.	Discrimination (appartenance à un syndicat, grossesse, origine, sexe, etc.)

		Irlande	Italie	Pays-Bas	Royaume-Uni
Obligation d'information sur la cause du licenciement	Orale	Oui (si le salarié en fait la demande)	Oui	Non (Oui si fonctionnaire)	Oui
	Ecrite	Oui (si le salarié en fait la demande)	Oui (si le salarié en fait la demande)	Non (Oui si fonctionnaire)	Oui (si licenciement individuel)
Période de préavis ----- Lecture: 4 semaines < 2 ans = "préavis de 4 semaines si l'ancienneté est inférieure à 2 ans"		0 < 13 semaines, 1 semaine < 2 ans, 2 semaines < 5 ans, 4 semaines < 10 ans, 6 semaines < 15 ans, 8 semaines > 15 ans. Ne peut être < 2 semaines si licenciement économique.	Employés: 2 jours < 2 semaines ; 6 à 12 jours ensuite. Cadres : 8 jours < 8 semaines ; 15 jours à 4 mois ensuite (obligations légales minimales souvent plus élevées dans les accords collectifs)	1 mois pendant les 5 premières années d'ancienneté, augmenté d'1 mois pour toute tranche supplémentaire de 5 ans d'ancienneté, jusqu'à un maximum de 4 mois.	0 si < 1 mois, 1 semaine si < 2 ans, plus 1 semaine additionnelle de préavis par année d'ancienneté (jusqu'à 12 semaines maximum)
Indemnités légales		En cas de licenciement économique avec au moins 2 ans d'ancienneté : 1 semaine de salaire + 1/2 semaine de salaire par année travaillée en-dessous de 41 ans + 1 semaine de salaire par année travaillée au-delà de 41 ans, avec un maximum de 15600 Ir£	2/27 ^e de salaire annuel par année d'ancienneté (souvent plus élevée dans les accords collectifs).	Aucune indemnité n'est prévue par la loi. Cependant, le salarié peut demander une indemnité à un tribunal du travail qui utilise la formule : 1 mois par année d'ancienneté pour les salariés de moins de 40 ans ; 1,5 mois pour les salariés de 40 à 50 ans ; 2 mois pour les salariés de plus de 50 ans.	Uniquement pour les licenciements économiques avec 2 ans d'ancienneté : 1/2 semaine par année d'ancienneté (pour des salariés âgés de 18 à 21 ans) ; 1 semaine par an (de 22 à 40 ans) ; 1,5 semaine par an (de 41 à 64 ans), limitée à 30 semaines et 220 £ par semaine.
Définition du Licenciement Justifié		Manque de compétence ou de qualifications, ou licenciement économique	Cause subjective (obligations contractuelles non-remplies) ou objective (activité productive, organisation du travail)		Manque de capacité ou de qualifications, mauvaise conduite importante ou persistante, licenciement économique ou certaines raisons « substantielles ».
Définition du Licenciement Injustifié		Salarié licencié sans préavis ou avec préavis non-adéquat ainsi que discrimination (grossesse; race, appartenance à la communauté nomade irlandaise...)	Sans cause subjective ou objective justifiée ou bien discrimination (appartenance politique, syndicale, religion, race, sexe et langue)	Licenciement motivé par des preuves erronées, licenciement éco ne respectant pas la règle "dernier entré, premier sorti" ou discrimination (handicap, maternité...)	Appartenance à un syndicat, race, sexe, santé, grossesse et maternité

Chapitre 2

Litiges du travail, décisions d'investissement et système judiciaire

“There has been heated policy debate on the costs and benefits of regulations governing dismissals and other features of employment protection. The key issue is how to keep a balance between the need for firms to adapt to ever-changing market conditions on the one hand, and workers’ employment security on the other.”

OCDE, Perspectives de l’emploi de l’OCDE (2004)

L’impact de la législation sur la protection de l’emploi (LPE), définie comme un ensemble de règles gouvernant les processus d’embauche et de licenciement, sur la performance du marché du travail, a reçu une attention croissante depuis la publication de l’article séminal de Lazear (1990). Jusqu’à une période récente, la LPE était généralement assimilée à la législation du travail et aux conventions collectives. Depuis quelques années, les débats et questionnements sur le système judiciaire ont mis en lumière non seulement le rôle de la législation mais également l’importance de sa mise en oeuvre. A cet égard, les pratiques des tribunaux et leur interprétation des règles contractuelles

et législatives suscitent de plus en plus d'intérêt. Cette question est importante, notamment dans les pays où le système judiciaire est un moyen couramment utilisé pour résoudre les litiges du travail : c'est le cas de la France, de l'Allemagne, de l'Italie, de l'Espagne et du Royaume-Uni. Ainsi, en France, plus de 200 000 litiges individuels du travail ont été portés devant les tribunaux en 2003¹, tandis qu'en Allemagne, 600 000 conflits du travail en moyenne ont été clos chaque année par les tribunaux du travail entre 1999 et 2002². Cela équivaut dans ces deux pays à environ un licenciement sur cinq qui est suivi du dépôt d'une plainte, ce qui donne *de facto* un rôle central aux instances judiciaires en charge des litiges du travail³.

Les analyses sur le système judiciaire dans le contexte des litiges du travail s'intéressent à deux thèmes principaux. Certains économistes, tels que Blanchard et Tirole (2003), remettent en question le rôle et la légitimité du système judiciaire dans les litiges du travail. Ils plaident pour une restriction de son intervention concernant les décisions de licenciement par l'employeur : en effet, selon eux, un juge n'aurait ni l'information nécessaire ni les compétences requises pour annuler de telles décisions. D'autres auteurs ont pour objectif d'ouvrir la "boîte noire" des décisions judiciaires en analysant les déterminants de ces décisions. Ichino *et al.* (2003) montrent que les décisions des juges seraient influencées par des facteurs économiques tels que les conditions locales du marché du travail lorsqu'ils prennent une décision suite à un licenciement. Ce chapitre⁴ s'inscrit dans le second thème, mais de façon plus normative : nous nous interrogeons sur la conception optimale du processus de décision du système judiciaire concernant l'efficacité de la relation employeur/salarié. L'efficacité est ici considérée à travers les décisions d'investissement prises *ex ante* par les parties. Plus précisément, nous tentons de mettre en relief de quels éléments le système judiciaire devrait tenir compte lorsqu'il prend une décision suite à un licenciement, afin de fournir aux parties les meilleurs

¹Source : Munoz-Perez et Serverin (2005).

²Source : European Industrial Relations Observatory.

³L'annexe A présente quelques données relatives au nombre de litiges du travail portés devant les tribunaux de première instance dans plusieurs pays européens.

⁴Ce chapitre est inspiré d'un article co-écrit avec Bruno Deffains et Yannick Gabuthy.

incitations à investir durant la relation de travail.

Les procédures juridiques en cas de licenciement sont généralement complexes et paraissent relativement vagues pour les parties au contrat. C'est typiquement le cas en France, où la mise en application du Code du travail par les tribunaux est considérée impliquer un certain degré d'incertitude, de même qu'en Allemagne. Goerke et Pannenberg (2006) insistent sur le fait que la réglementation du travail allemande est fréquemment perçue comme "imprécise", laissant une importante latitude aux juges dans leurs décisions. Les règles juridiques indiquent généralement les éléments objectifs qui doivent être pris en compte dans les décisions judiciaires, mais généralement, les juges s'écartent de ces prescriptions. Le problème d'un tel flou est que cela ne mène pas automatiquement à des décisions efficaces en termes d'incitations au sein de la relation de travail. Notre objet n'est pas de plaider pour une application littérale des principes stricts du droit et de restreindre ainsi la liberté du système judiciaire. Au contraire, c'est une tentative, la première à notre connaissance, de donner certaines indications sur les facteurs économiques que le système judiciaire devrait considérer dans les litiges du travail afin de promouvoir des relations de travail efficaces en termes d'investissements.

Afin d'évaluer l'effet de la mise en oeuvre du droit du travail sur la relation firme/salarié en termes d'investissements spécifiques, nous développons un modèle à deux périodes. Dans une première période, les parties choisissent de façon indépendante et non-coopérative leur niveau respectif d'investissements spécifiques à la relation. Par exemple, les investissements de la firme peuvent consister en des investissements en nouvelle technologie de production (capital physique), tandis que ceux du salarié peuvent être des investissements en connaissances spécifiques à la firme, comme par exemple une formation à une tâche particulière (capital humain). Dans une seconde période, un choc négatif peut toucher l'industrie avec une certaine probabilité, ce qui induit une rupture du contrat menant les parties à négocier sur l'indemnité de licenciement demandée par le salarié (avec la possibilité d'aller au tribunal en cas de désaccord). L'objectif principal est de déterminer la décision optimale du système judiciaire lorsqu'il fixe l'indemnité

de licenciement dans le cas où les parties vont en procès. Dans le modèle, cette décision implique une division bien définie du surplus économique généré par l'investissement de chaque partie. En utilisant ce cadre simplifié, nous montrons que la simple présence du système judiciaire *dans l'ombre* des négociations peut complètement guider leur résultat et empêcher les parties d'adopter un comportement opportuniste *ex post*, amenant à des investissements efficaces (de second-best) *ex ante*. L'intuition sous-jacente à ce résultat est la suivante. La taille du surplus économique dépend des investissements d'équilibre réalisés en première période. Ces derniers dépendent de la distribution entre les deux parties du surplus à l'équilibre déterminé en seconde période, qui à son tour dépend des pouvoirs de négociation relatifs des parties qui sont en général influencés par les paiements de désaccord respectifs et donc par la répartition du surplus (*i.e.* par le jugement). En d'autres termes, la décision du système judiciaire peut avoir des conséquences distributives influençant les pouvoirs de négociation des parties et donc la répartition du surplus. En résumé, elle influe sur l'efficacité puisqu'elle modifie les incitations des parties à investir.

La Section 2.1 fait le point sur la littérature relative au système judiciaire de façon générale et sur celle relative à l'impact de la protection de l'emploi d'un point de vue microéconomique. La Section 2.2 expose le modèle et étudie les implications à l'équilibre de la présence judiciaire et les déterminants de la décision potentielle, ainsi que les résultats obtenus et leurs implications. Enfin, la Section 2.3 conclut et propose certaines extensions possibles.

2.1 Littérature

Ce chapitre s'inscrit dans la continuité de deux types de littérature différents : il s'agit, d'une part, de la littérature relative au système judiciaire et aux critères de décisions des juges, qui appartient à l'économie du droit. D'autre part, nos préoccupa-

tions se rapprochent également d'une littérature plus proche de l'économie du travail, qui étudie l'impact de la protection de l'emploi sur les incitations des agents économiques, à la fois lors de la relation de travail et lors de la survenance éventuelle d'un litige.

2.1.1 Les analyses relatives au systèmes judiciaire

L'économie du droit s'intéresse au système judiciaire essentiellement sous deux angles différents : certains auteurs essaient de comprendre le comportement des juges en recherchant quels sont les critères de décision qu'ils utilisent, tandis qu'une littérature assez large relative à la résolution des litiges tente d'analyser l'impact du système judiciaire et des règles juridiques qu'il met en oeuvre sur le comportement des parties.

Depuis le début des années 1970, de nombreux économistes et juristes s'inscrivant dans le champ de l'économie du droit ont étudié la fonction judiciaire, en tentant notamment de mettre en relief les critères utilisés par les juges dans leurs décisions. Posner, lui-même juge à la Cour Fédérale d'Appel, a longuement investi cette question : il soutient ainsi que la Common Law produit des règles de façon efficace puisque ce système juridique permettrait de maximiser la richesse de la société (Posner, 1998). Le critère d'efficacité utilisé par Posner est le critère de Kaldor-Hicks selon lequel l'émergence d'une nouvelle règle de droit est efficace si les gains des gagnants excèdent les pertes des perdants. La thèse centrale développée par Posner est que les juges de la Common Law prendraient leurs décisions comme si leur objectif implicite était l'efficacité économique. Selon Posner, en assumant leur fonction de résolution des litiges, les juges doivent juger les affaires sur la base de normes pré-existantes et en élaborant de nouvelles normes. Ce processus aboutirait au fait que la Common Law soit composée d'un grand nombre de règles efficaces. Au-delà de cette hypothèse, qui a d'ailleurs été largement contestée (Tullock, 1971, 1980 ; Hadfield, 1992), Posner (1993) tente d'explicitier

les critères entrant dans la fonction d'utilité des juges : il s'agit selon lui notamment de la popularité, ou autrement dit, du fait d'être apprécié par les autres membres de la profession juridique, du prestige associé à sa fonction, de l'intérêt public, du fait d'éviter que le jugement rendu soit renversé par un tribunal supérieur, et enfin de sa réputation. Cependant, certains de ces critères s'appliquent aisément à un système de Common law mais plus difficilement à un système de droit civil, notamment parce que dans le premier, les juges sont élus : en ce sens, il ne s'agit pas d'un cadre général pouvant s'appliquer à tout type de système juridique. Jusqu'à présent, aucune autre analyse n'a permis de montrer de façon claire les critères utilisés par les juges dans leurs décisions, excepté quelques analyses empiriques propres à un champ particulier de l'économie du droit qui concerne les litiges du travail (voir *supra*, Ichino *et al.*, 2003).

Les interactions entre système judiciaire et comportement des agents économiques ont été appréhendées par la littérature relative à la résolution des litiges. Les questions posées concernent notamment la façon dont les parties au litige arbitrent entre arrangement et jugement, les conditions dans lesquelles la négociation préalable à un jugement se déroule et enfin, les comportements des parties lors de la procédure (Chappe, 2005). La façon dont le système judiciaire et ses règles influent sur le comportement des parties est analysée essentiellement en prenant en compte les caractéristiques de la procédure, à savoir les coûts judiciaires, la probabilité pour chaque partie de gagner le procès et le montant en jeu. Les parties forment des croyances en fonction de ces différents éléments ainsi que de leurs préférences ; en particulier, ces règles de procédure ont une incidence sur la décision de recourir au système judiciaire, sur le choix de la procédure, sur le montant des dépenses *ex ante* et sur le montant des dépenses *ex post*. Dans ces analyses, l'accent est généralement mis sur ces caractéristiques de la décision judiciaire que sont les coûts de justice, le montant en jeu ou la probabilité de gagner le procès ; le rôle du juge est ainsi évacué en un certain sens, puisque sa décision est prise en compte uniquement à travers ces éléments fixés arbitrairement.

Dans notre analyse, nous considérons le juge comme un preneur de décisions ayant

pour objectif l'efficacité de la relation de travail. Cependant, nous n'avons pas pour ambition de déterminer comment les juges prennent leurs décisions, mais nous nous situons d'un point de vue plus normatif puisque nous souhaitons déterminer comment ils devraient "idéalement" prendre leurs décisions. Aucune analyse à notre connaissance ne se situe sur ce plan d'un comportement optimal du juge ou des critères de décision que celui-ci devrait prendre pour atteindre l'efficacité de la relation entre les parties au litige et ce, avant même que ne survienne un conflit entre elles (*i.e.* dans le cadre de leur relation de travail). Notre analyse se rapproche ainsi davantage des recherches relatives à l'impact de la protection de l'emploi sur les comportements individuels.

2.1.2 Les analyses relatives à l'impact de la protection de l'emploi

Comme nous l'avons souligné précédemment, la littérature relative à la protection de l'emploi a étudié les effets de celle-ci sur les tendances du marché du travail. Cependant, une littérature plus récente s'est intéressée aux conséquences de la protection de l'emploi sur le comportement des agents économiques au sein d'une relation d'emploi à un niveau plus microéconomique⁵. En particulier, un nombre croissant d'analyses mettent en relief le fait que les décisions judiciaires peuvent avoir des conséquences *ex ante* dans le contexte des relations et des litiges du travail. Goerke et Pannenberg (2006) montrent ainsi que l'ombre des règles de protection de l'emploi a un impact sur le résultat des litiges du travail en Allemagne. Ils montrent notamment que les critères définis par le droit concernant l'attribution et le montant des indemnités de licenciement affectent de façon significative l'ampleur et l'existence d'une indemnité de licenciement décidée ou négociée entre les parties. Malo (2000) modélise les déterminants de l'indemnité de licenciement pour les licenciements individuels en Espagne et montre que le cadre juridique détermine l'indemnité de licenciement à travers un processus de négociation

⁵Cette littérature est exposée en détails dans le Chapitre 1. Cependant, nous y faisons à nouveau référence brièvement ici afin de mieux situer le Chapitre 2 dans la littérature existante.

ex post (*i.e.* après un choc négatif) entre le salarié et l'employeur.

Dans la même idée, d'autres analyses se sont intéressées aux effets de la protection de l'emploi en termes de bien-être. Bien qu'il n'y ait pas unanimité sur tous les effets de la protection de l'emploi (notamment concernant le taux de chômage), il est généralement admis que la LPE peut encourager les investissements susceptibles d'améliorer la productivité à travers la stimulation d'investissements en formation, la réduction du turn-over, etc. Belot *et al.* (2007) étudient les effets opposés de la LPE, qui implique des coûts (tels que les coûts de licenciement) pour les employeurs qui souhaitent effectuer des ajustements dans leur main d'oeuvre, mais qui, d'un autre côté, stimule les investissements en productivité de la part des salariés en les protégeant du licenciement. Les auteurs construisent un modèle dans lequel ils mettent en balance les coûts d'ajustement et la croissance de la productivité en recommandant d'effectuer un arbitrage. Le problème de hold-up a été largement étudié dans la littérature économique, notamment concernant des questions telles que la renégociation contractuelle dont la possible survenance peut induire une partie à sous-investir dans du capital spécifique à la relation de travail (voir, par exemple, Hart et Moore (1988)).⁶ Ce problème peut aussi survenir en cas de terminaison d'une relation, par exemple entre un employeur et un salarié, notamment dans des situations de licenciement et démission. Ruehmann et Suedekum (2003) s'interrogent sur les effets des indemnités de licenciement sur le capital humain spécifique à la firme. Les indemnités de licenciement peuvent accroître les incitations des salariés à investir dans un tel capital parce que, comptant sur une durée à long terme de leur emploi, les salariés sont prêts à convenir à leur emploi spécifique du mieux possible. Mais cela peut aussi avoir un effet opposé parce que, anticipant une indemnité de licenciement à la fin de la relation de travail, le salarié perçoit ce terme comme moins coûteux, ce qui peut réduire ses incitations à investir en capital spécifique. Le premier effet rejoint l'idée de Wasmer (2006) qui montre qu'une protection de l'emploi élevée accroît la probabilité qu'un salarié choisisse des connaissances spécifiques (par

⁶Voir aussi MacLeod et Malcomson (1993) et Tirole (1999) pour des revues de littérature sur les contrats incomplets, les investissements spécifiques et le problème de hold-up.

opposition à des connaissances générales), notamment parce qu'en augmentant la durée des emplois, elle accroît également le bénéfice relatif des connaissances spécifiques. Enfin, Cahuc et Zylberberg (2000) trouvent que dans un cadre où les contrats sont incomplets et peuvent être renégociés, des hausses des indemnités de licenciement ont un effet négatif sur le bien-être. Etant donné que certaines séparations sont efficaces, les indemnités de licenciement obligatoires peuvent empêcher les parties de se séparer alors que la séparation serait souhaitable dans certains cas.

Ce chapitre s'inspire de la littérature récente sur les déterminants des décisions judiciaires, notamment des résultats de Ichino *et al.* (2003) et Marinescu (2005) qui montrent que les décisions des juges suite à un licenciement dépendraient d'éléments d'ordre économique, tels que le chômage ou la croissance économique de la région considérée. Ces analyses mettent en relief l'existence d'une déviation (plus ou moins forte) du comportement des juges par rapport aux règles juridiques, ce qui pourrait expliquer pourquoi certains économistes préconisent de limiter le rôle du système judiciaire dans les litiges du travail.

En utilisant ces différents types de littératures, nous soutenons l'idée que le problème de sous-investissement en capital spécifique peut être résolu grâce à la simple présence du système judiciaire : l'ombre d'un système judiciaire correctement conçu en cas de désaccord sur l'indemnité de licenciement peut induire les parties insérées dans une relation de travail à investir dans du capital spécifique à la relation de travail en dépit du risque de terminaison de cette relation. Ainsi, nos préoccupations sont proches de celles de Belot *et al.* (2007). Cependant, nous ne considérons pas la protection de l'emploi dans son ensemble mais mettons en relief le rôle de l'intervention possible du tribunal. De plus, dans notre modèle, les deux parties (*i.e.* et non pas seulement le salarié) sont supposées pouvoir réaliser des investissements spécifiques. Par ailleurs, ce chapitre est également proche d'Ichino *et al.* (2003) dans le sens où il livre des prédictions théoriques sur le *design* optimal des décisions du système judiciaire, la théorie pure permettant de considérer des éléments microéconomiques propres à la relation particulière considérée.

2.2 La relation entre investissements spécifiques et système judiciaire

L'environnement stratégique est décrit dans la Section 2.2.1. La Section 2.2.2 expose les résultats de la négociation, tandis que les choix des investissements par les parties sont développés dans la Section 2.2.3. Enfin, les caractéristiques de la décision du juge et notamment les éléments qui peuvent la rendre aussi efficace que possible sont exposés dans la Section 2.2.4.

2.2.1 Le cadre théorique

D'un point de vue théorique, nous considérons la relation existant entre une firme f et son salarié w . Les parties souhaitent entreprendre des investissements spécifiques à la relation de travail, non contractualisables, qui permettraient d'accroître la taille du surplus agrégé (ou profit) pouvant être induit par cette relation. Avant tout investissement, la firme et le salarié produisent chacun une unité de production ou de surplus et le salaire de l'employé est de \bar{w} , avec $\bar{w} \in (0, 1)$. Ce contrat de travail est incomplet puisqu'il ne précise pas comment sera effectué le partage du surplus une fois celui-ci généré, l'investissement étant non-contractualisable. L'interaction entre les parties se fait de la manière suivante :

A la date $t = 1$, la firme et le salarié choisissent de façon simultanée et non-coopérative leurs niveaux d'investissements respectifs $I_f \geq 0$ et $I_w \geq 0$, investissements irrécouvrables. Le coût pour le joueur i ($i = f, w$) d'investir I_i est égal à cI_i , où $c > 0$ représente le coût marginal de son investissement⁷. Si la firme investit I_f et le salarié

⁷Par souci de simplicité et sans perte de généralité, nous supposons que la firme et le salarié supportent des coûts marginaux d'investissement identiques et constants. Cette hypothèse a été introduite pour convenance mathématique et pourrait être relâchée sans altérer le coeur de nos arguments.

I_w , alors la production s'accroît de $\Pi(I_f, I_w)$, sous réserve que les parties continuent à travailler en harmonie et en coopérant. $\Pi(I_f, I_w)$ est supposé croissant par rapport à chacun de ses arguments, strictement concave, *smooth* et satisfaisant les conditions d'Inada (*Inada endpoint conditions*). Cependant, une fois les investissements entrepris et irrécouvrables, il est possible que les parties ne puissent pas continuer à travailler ensemble.

A la date $t = 2$, deux états de la nature peuvent ainsi se réaliser : soit la relation de travail est rompue, ce qui donne lieu à des négociations sur l'indemnité de licenciement (Etat 1) ; soit la relation de travail se poursuit et dans ce cas, les négociations portent sur le salaire du travailleur (Etat 2).

a) Etat du monde 1

Dans l'état 1, les négociations concernent l'indemnité de licenciement. En effet, la firme peut rencontrer certaines difficultés économiques pour des raisons exogènes qui l'amènent à licencier le salarié w ⁸. Cet état du monde est supposé intervenir avec une probabilité $q \in (0, 1)$. Dans cette éventualité, la firme et le salarié essaient de conclure une transaction et négocient sur l'indemnité de licenciement, notée s , qu'obtiendrait le salarié⁹. Nous adoptons la solution de Nash (Nash Bargaining Solution ou NBS) pour

⁸Nous nous situons ici dans le cadre plus particulier d'un licenciement économique.

⁹Une transaction entre une firme et un salarié est un contrat par lequel les parties mettent fin à un conflit existant ou évitent sa survenance. Ce type de contrat semble fréquemment utilisé suite à un licenciement, bien qu'il soit difficile d'obtenir des statistiques à ce sujet. Cela concerne spécifiquement les salariés qualifiés qui négocient leur prime de licenciement avec la menace de poursuivre leur employeur pour licenciement injustifié (ou sans cause réelle et sérieuse) s'ils ne trouvent pas de compromis. Cette pratique, appelée généralement "golden parachute" dans le cadre du licenciement du président d'une grande entreprise, prend la forme d'un bonus, d'une indemnité de licenciement, de *stock options* et d'une combinaison de ceux-ci. Cela peut apparaître sous forme de clause dans le contrat de travail ou être décidé lorsque celui-ci prend fin.

décrire le résultat de ces négociations, dans lesquelles les paiements des parties en cas de désaccord sont identifiés comme les points de menace dans la solution de Nash¹⁰. Si les parties parviennent à trouver un accord sur s alors les paiements d'utilité de la firme et du salarié sont respectivement :

$$u_f^1 = 1 + \gamma\Pi(I_f, I_w) - s \quad \text{et} \quad u_w^1 = s \quad (2.1)$$

La firme obtient le profit initial (*i.e.* 1) ainsi qu'une partie du surplus et verse l'indemnité de licenciement s au salarié. Le paramètre $\gamma \in [0, 1)$ représente le degré de spécificité des investissements et capture le fait que les investissements ont davantage de valeur au sein de la relation de travail qu'avec des parties extérieures à cette relation ($\gamma = 0$ est la forme de spécificité la plus extrême et $\gamma \rightarrow 1$ correspond à la forme la moins extrême). Dans ce contexte, le licenciement a pour conséquence que seule une fraction (et éventuellement une fraction nulle) des bénéfices des investissements est obtenue (même si les parties sont capables d'atteindre un arrangement négocié sur s). En cas d'impasse dans la négociation, nous considérons que le litige est résolu par la justice, le juge ayant le pouvoir d'imposer une indemnité de licenciement s_J . Les paiements de désaccord sont les suivants :

$$d_f^1 = 1 + \gamma\Pi(I_f, I_w) - s_J - c_f \quad \text{and} \quad d_w^1 = s_J - c_w \quad (2.2)$$

où $s_J = \lambda\bar{w} + \alpha\Pi(I_f, I_w)$ et $c_i > 0$ est le coût de justice supporté par la partie i ($i = f, w$)¹¹. Etant donné ces coûts de justice, l'échec à trouver un arrangement négocié par elles-mêmes implique pour les parties un certain degré d'inefficacité : le point

¹⁰Muthoo (1999) examine les fondements stratégiques non-coopératifs de la solution de marchandage de Nash et, en utilisant différentes versions du modèle d'offres alternées de Rubinstein, il montre pourquoi, quand et comment utiliser ce concept de solution de marchandage.

¹¹Nous faisons ici l'hypothèse implicite que chaque partie supporte ses propres frais de justice : cela reflète notamment la règle américaine d'allocation des coûts, tandis que dans la règle anglaise, la partie déboutée supporte tous les coûts, c'est-à-dire les siens ainsi que ceux de la partie adverse. Dans le système français, la règle est généralement similaire à la règle américaine, mais il peut s'agir d'un mélange des deux règles si le tribunal l'ordonne : nous simplifions en considérant uniquement la règle américaine. Cette hypothèse nous permet de fixer notre attention sur les facteurs qui influencent la détermination du comportement optimal du juge et cela nous permet de développer plus aisément l'impact de tels facteurs. De plus, étant donné que de tels coûts de justice ne dépendent pas des

de désaccord est Pareto-inefficient puisque la somme des paiements de désaccord des joueurs (*i.e.* $1 + \gamma\Pi(I_f, I_w) - (c_f + c_w)$) est strictement inférieure au surplus agrégé (*i.e.* $1 + \gamma\Pi(I_f, I_w)$). L'indemnité de licenciement s_J imposée par le juge peut être interprétée de la façon suivante. Le premier terme de s_J est un paiement de base qui ne dépend pas des niveaux d'investissement et s'accroît avec le salaire existant, tandis que le second terme est une fraction du surplus économique Π et augmente avec les investissements réalisés par les parties à la date 1. Dans la plupart des pays, l'employeur est dans l'obligation de verser au salarié licencié une indemnité de licenciement basée sur une échelle du montant des indemnités (indiquant le montant minimum à verser au salarié)¹². En réalité, cette échelle prend en compte plusieurs éléments tels que l'ancienneté du salarié dans l'entreprise, son âge, son salaire hebdomadaire ou horaire, ou encore le minimum requis par les réglementations nationales sur le salaire minimum. Dans notre modèle, l'échelle de paiement des indemnités de licenciement est capturée par le terme $\lambda\bar{w}$ (où $\lambda \in \mathfrak{R}_+$ est déterminé de façon exogène par le droit) et est supposée dépendre uniquement du salaire existant (par souci de simplicité). Par ailleurs, en réalité, si un salarié licencié conteste son licenciement, ne parvient pas à trouver un accord avec l'employeur et va en procès, alors le juge peut imposer une indemnité de licenciement qui s'écarte de ce montant minimum prescrit par le droit. Dans notre modèle, l'intervention juridique est capturée par le second terme $\alpha\Pi(I_f, I_w)$, où α est décidé par le juge¹³ : ce paramètre représente ainsi la part du surplus allouée au salarié dans le cadre d'un procès.

investissements, cette hypothèse pourrait être relâchée sans altérer les résultats. Cela s'explique par le fait que ce qui détermine les incitations à investir d'une partie sont les bénéfices *marginaux* des investissements, qui ne sont pas affectés par les coûts fixes.

¹²Voir le Chapitre 1 pour une description plus détaillée du contenu de cette indemnité.

¹³Il faut noter que, d'un point de vue théorique, le paramètre α peut prendre n'importe quelle valeur positive ou négative (*i.e.* $\alpha \in \mathfrak{R}$). Cependant, il semble raisonnable de limiter les transferts possibles entre la firme et le salarié en considérant que $\alpha \geq 0$ (contrainte de responsabilité limitée du salarié) et $\alpha \leq \gamma$ (étant donné que seule une fraction γ du surplus est réalisée si les parties se séparent).

b) Etat du monde 2

Dans l'état 2 (renégociations sur le salaire), la firme ne connaît pas de difficultés économiques : nous supposons que cet état arrive avec une probabilité $(1 - q)$. Dans ce cas, étant donné que les investissements réalisés à la date 1 accroissent la productivité, il semble raisonnable de considérer que les parties s'engagent dans une renégociation salariale. Si les parties parviennent à un accord sur le salaire w alors elles continuent à travailler de façon pleinement coopérative, et tous les bénéfices des investissements peuvent être obtenus. Les paiements d'utilité pour la firme et le salarié sont donc les suivants :

$$u_f^2 = 1 + \Pi(I_f, I_w) - w \quad \text{et} \quad u_w^2 = w \quad (2.3)$$

Dans le cas contraire, si les parties ne parviennent pas à trouver un accord, nous supposons raisonnablement qu'elles ne continueront pas à travailler en harmonie et qu'une fraction seulement des bénéfices sur investissements sera obtenue¹⁴. Dans ce cas, les paiements de désaccord sont :

$$d_f^2 = 1 + \beta\Pi(I_f, I_w) - \bar{w} \quad \text{et} \quad d_w^2 = \bar{w} \quad (2.4)$$

Le paramètre $\beta \in [0, 1)$, représentant le pouvoir de nuisance du salarié, capture le degré auquel le salarié peut refuser de coopérer avec la firme s'il conserve son ancien salaire. De plus, concernant les motifs de nuisance, un salarié qui estime avoir été inéquitablement traité par une firme peut décider de faire grève ou de s'engager dans des actes de sabotage afin de punir l'employeur pour l'injustice dont il estime avoir été victime (Fehr et Gächter, 2000). Comme précédemment, le point de désaccord est Pareto-inefficient

¹⁴Il convient de noter que dans le droit du travail français, le salarié peut porter plainte en cas de licenciement pour licenciement injustifié, mais ne peut pas aller au tribunal pour demander une hausse de son salaire.

puisque la somme des paiements de désaccord des joueurs $(1 + \beta\Pi(I_f, I_w))$ est strictement inférieure au surplus agrégé $(1 + \Pi(I_f, I_w))$. En d'autres termes, quel que soit l'état de la nature (licenciement ou non), un désaccord entraîne une part d'inefficience pour les parties (qui dépend respectivement des coûts de justice dans la négociation sur l'indemnité de licenciement et des motifs de nuisance du salarié dans la négociation salariale).

Dans le modèle, plusieurs paramètres-clés sont centraux pour la détermination de la décision optimale du juge (α) : les paramètres technologiques, capturés par les propriétés de la fonction $\Pi(\cdot)$, le degré de spécificité des investissements des parties (γ), le pouvoir de sabotage du salarié (β) et la probabilité de licenciement (q). Notre objectif principal est d'analyser et de développer le rôle de ces paramètres et leur impact sur le comportement optimal du tribunal.

Avant d'analyser cette question qui constitue notre préoccupation principale, nous devons caractériser l'équilibre parfait en sous-jeux (EPSJ) du jeu à deux périodes en utilisant la procédure d'induction à rebours. Ainsi, nous déterminons en premier lieu les résultats à l'équilibre de la négociation à la date 2, conditionnels à un ensemble d'investissements arbitraires choisis à la date 1.

2.2.2 Le résultat de la négociation

Etat 1 (négociation sur l'indemnité de licenciement). Soit (I_f, I_w) une paire arbitraire d'investissements entrepris à la date 1. En appliquant la NBS dans laquelle le point de menace est donné par (2.2), nous obtenons les paiements d'utilité de la firme et du salarié à la solution de Nash :

$$u_f^{1,N} = 1 + \gamma\Pi(I_f, I_w) - s_J - \frac{1}{2}(c_f - c_w) \quad (2.5)$$

$$u_w^{1,N} = s_J + \frac{1}{2}(c_f - c_w) \quad (2.6)$$

Ces expressions peuvent être interprétées de la manière suivante. Les parties se mettent d'accord tout d'abord pour donner au joueur i ($i = f, w$) ce qu'il obtiendrait sans accord, et partagent ensuite le surplus restant. En fait, la présence (et l'intervention possible) du tribunal implique(nt) que le salarié demande et obtient la part s_J qu'il obtiendrait en cas de désaccord. D'après les conditions (2.5) et (2.6), il apparaît que le paiement de chaque partie à la solution de Nash est décroissant par rapport à ses propres frais de justice et croissant par rapport aux coûts supportés par l'autre partie.

Etat 2 (renégociation salariale). En appliquant la NBS dans laquelle le point de menace est donné par (2.4), les paiements d'utilité négociés à la solution de Nash sont les suivants :

$$u_f^{2,N} = 1 - \bar{w} + \frac{1 + \beta}{2} \Pi(I_f, I_w) \quad (2.7)$$

$$u_w^{2,N} = \bar{w} + \frac{1 - \beta}{2} \Pi(I_f, I_w) \quad (2.8)$$

Ces paiements peuvent être interprétés comme les paiements précédents (2.5) et (2.6), excepté que le partage du surplus additionnel $\Pi(I_f, I_w)$ n'est pas déterminé par le juge dans ce cas. Pour la firme, la part négociée de ce surplus à la solution de Nash est croissante par rapport à β , tandis que l'inverse est vrai pour la part du salarié. Le surplus est partagé de façon égale si et seulement si $\beta = 0$, c'est-à-dire lorsque le désaccord implique qu'aucun bénéfice sur investissement n'est réalisé. L'intuition sous-jacente à ces observations est la suivante : si le salarié a les moyens de nuire ou de se "venger" lorsqu'il est contraint de travailler avec son ancien contrat de salaire (*i.e.*, lorsque β est proche de 1), alors la firme obtient une large part des bénéfices réalisables des investissements et, en conséquence, plus les bénéfices sont élevés, plus la différence entre les paiements de désaccord entre la firme et le salarié est élevée, ce qui implique une différence plus importante entre les pouvoirs de négociation.

Il convient de rappeler que cette phase de négociation salariale a lieu uniquement si aucun choc industriel ne survient (avec la probabilité $1 - q$), tandis que les parties

négoient sur l'indemnité de licenciement dans l'autre état de la nature (avec une probabilité q). Il en découle que les gains espérés à la date 1 pour la firme et le salarié sont respectivement :

$$u_f = qu_f^{1,N} + (1 - q)u_f^{2,N} \quad (2.9)$$

$$u_w = qu_w^{1,N} + (1 - q)u_w^{2,N} \quad (2.10)$$

En utilisant les équations (2.5) à (2.8), après avoir simplifié et ré-arrangé les termes, nous obtenons :

$$u_f = \Phi_f + \Omega_f \Pi(I_f, I_w) \quad (2.11)$$

$$u_w = \Phi_w + \Omega_w \Pi(I_f, I_w) \quad (2.12)$$

$$\text{où } \Phi_f = 1 - \bar{w}[1 - q(1 - \lambda)] - (q/2)(c_f - c_w),$$

$$\Phi_w = 1 - \Phi_f,$$

$$\Omega_f = (1 + \beta)(1 - q)/2 + q(\gamma - \alpha)$$

$$\text{et } \Omega_w = (1 - \beta)(1 - q)/2 + q\alpha.$$

Le gain du joueur i ($i = f, w$) est la somme d'un terme fixe Φ_i qui ne dépend pas des investissements et d'une fraction $\Omega_i \in (0, 1)$ du surplus économique $\Pi(I_f, I_w)$, ce qui implique que Ω_i peut être interprété comme le pouvoir de négociation endogène de i . Remarquons que le pouvoir de négociation de la partie i dépend du comportement du juge (capturé par le paramètre α), du degré de spécificité des investissements (formalisé par γ), des capacités de nuisance du salarié (capturées par β) et de la probabilité de licenciement (modélisée par q).

Plus particulièrement, notons que le pouvoir de négociation de la firme est croissant par rapport à β et décroissant par rapport à α . Cela est dû au fait que lorsque β est arbitrairement proche de 1, alors le désaccord lors de la renégociation salariale n'implique pas de perte d'efficacité pour la firme qui reçoit le bénéfice marginal total de son investissement et peut exproprier le salarié de ses bénéfices (le pouvoir de négociation de ce dernier est donc décroissant par rapport à β). Cependant, l'intervention du juge peut

relativiser le pouvoir de négociation de la firme en augmentant la part α qu'il décide de donner au salarié en cas de licenciement puis de litige. De plus, cette part détermine l'impact de la probabilité de licenciement sur les pouvoirs de négociation des parties. En effet, il est aisé de montrer qu'un accroissement de q augmente (réduit) Ω_f et réduit (augmente) Ω_w si et seulement si $\alpha < \hat{\alpha} = \gamma - (1 + \beta)/2$ ($\alpha > \tilde{\alpha} = (1 - \beta)/2$). Cela est relativement logique puisque si le tribunal décide d'accroître l'indemnité en faveur du salarié (telle que $\alpha > \tilde{\alpha}$), alors le licenciement est perçu comme plus coûteux par l'employeur et moins coûteux pour le salarié, ce qui peut réduire le pouvoir de négociation du premier et accroître celui du dernier durant les négociations sur l'indemnité de licenciement (dans la mesure où l'employeur a plus d'incitations à faire des concessions). Evidemment, le résultat inverse est obtenu si la part accordée par le juge au salarié décroît (telle que $\alpha < \hat{\alpha}$). Ces résultats mettent en relief le lien clair existant entre les deux négociations apparemment distinctes (sur l'indemnité de licenciement en cas de rupture de la relation de travail et sur le salaire en cas de poursuite de cette relation) : la simple présence d'un juge (qui peut seulement intervenir en cas de licenciement et litige) dans l'ombre des négociations peut entièrement guider leur résultat. De la même manière, les motifs de vengeance potentiels du salarié (qui peuvent seulement s'exprimer en cas de désaccord durant la renégociation salariale) peuvent avoir une importance et déterminer l'arrangement négocié. Ces points sont cruciaux parce que nous montrons par la suite que le pouvoir de négociation relatif d'une partie i détermine le bénéfice marginal de son investissement, ce qui détermine ensuite ses incitations marginales. L'influence de ces différents paramètres sur les incitations à investir des parties est analysée dans la section suivante.

2.2.3 Investissements d'équilibre

Après avoir caractérisé le résultat des négociations à la date 2 sur la répartition du surplus (pour un ensemble arbitraire de décisions prises à la date 1), nous procédons maintenant par inductions à rebours et déterminons les niveaux d'investisse-

ments d'équilibre choisis par les parties à la date 1. Cependant, nous caractérisons dans un premier temps les niveaux d'investissements de *premier rang* (ou optimaux au sens de Pareto), afin de déterminer dans un second temps si les niveaux d'investissement à l'équilibre atteignent ces niveaux optimaux.

Les niveaux d'investissement de premier rang (I_f^e, I_w^e) maximisent le surplus net agrégé qui est donné par :

$$S(I_f, I_w) = 1 + (\Omega_f + \Omega_w) \Pi(I_f, I_w) - c(I_f + I_w) \quad (2.13)$$

Ainsi, les niveaux d'investissements optimaux I_f^e et I_w^e sont l'unique solution aux conditions de premier ordre suivantes :

$$(\Omega_f + \Omega_w) \Pi_1(I_f, I_w) = c \quad (2.14)$$

$$(\Omega_f + \Omega_w) \Pi_2(I_f, I_w) = c \quad (2.15)$$

où Π_1 (Π_2) est la dérivée de premier ordre par rapport à I_f (I_w). Les termes de gauche de (2.14) et (2.15) sont respectivement les bénéfices sociaux marginaux des investissements de la firme et du salarié, tandis que les termes de droite représentent leurs coûts marginaux respectifs (qui sont identiques au coût social).

Les niveaux d'investissement à l'équilibre de Nash, notés I_f^* et I_w^* , sont choisis de façon à maximiser $u_f - cI_f$ et $u_w - cI_w$ respectivement (u_f et u_w étant définis dans les équations (2.11) et (2.12)). Ainsi, (I_f^*, I_w^*) constitue l'unique solution aux conditions de premier ordre suivantes :

$$\Omega_f \Pi_1(I_f, I_w) = c \quad (2.16)$$

$$\Omega_w \Pi_2(I_f, I_w) = c \quad (2.17)$$

Les termes de gauche des équations (2.16) et (2.17) sont respectivement les bénéfices marginaux privés des investissements de la firme et du salarié, tandis que les termes de

droite dénotent leurs coûts marginaux respectifs. Etant donné que $\Omega_i > 0$ ($\forall i = f, w$), le bénéfice social marginal de l'investissement de chaque partie excède strictement son coût marginal privé.¹⁵ Il s'ensuit que les parties sous-investissent par rapport à leur niveau respectif d'investissements optimaux.

Proposition 2.1. *Quel que soit le comportement du juge, les investissements d'équilibre sont strictement inférieurs aux niveaux des investissements optimaux correspondants.*

Ce résultat de sous-investissement vient du fait qu'aucune partie n'est capable d'obtenir (à l'équilibre de la négociation) le bénéfice marginal social dans sa globalité. Le monopole bilatéral *ex post* ajouté à la négociation entraîne que chaque partie est expropriée par l'autre partie une fois que ses investissements ont été réalisés. Anticipant ce comportement opportuniste de la part de l'autre partie, il est clair que chaque partie aura moins d'incitations à investir. Ce problème de hold-up se manifeste dans de nombreux autres contextes (voir, par exemple, Hart, 1995) et c'est précisément en raison de ce phénomène que la présence du juge dans l'ombre des négociations peut avoir des conséquences en termes d'efficacité. En effet, puisque I_f^* et I_w^* dépendent du comportement du juge (*via* l'impact de ce paramètre sur le pouvoir de négociation Ω_i ; $i = f, w$ de chaque joueur), il apparaît que ce comportement sera crucial dans la détermination des incitations à investir. Nous abordons à présent cette question.

2.2.4 Le comportement optimal du juge

Nous analysons la question de ce que représente le “comportement optimal du juge”. Le α optimal est celui qui maximise le surplus net agrégé (ou bien-être social) à l'équilibre $S(I_f^*, I_w^*)$, où $S(.,.)$ est défini dans l'équation (2.13). Comme mentionné précédemment, le surplus net agrégé d'équilibre dépend indirectement de la valeur de

¹⁵ Ω_f est positif puisque nous considérons raisonnablement que $\alpha \leq \gamma$ (voir note 13).

α , via son influence sur les niveaux d'investissements d'équilibre. Nous le notons $S^*(\alpha)$. Ainsi, le comportement optimal du juge, dénoté α^* , est la valeur de α qui maximise $S^*(\alpha)$ et fournit ainsi aux partenaires les meilleures incitations à investir. Il est clair que le α optimal impliquera un surplus d'équilibre relativement plus élevé et des distortions des investissements d'équilibre par rapport à leurs niveaux optimaux plus faibles. Le résultat suivant est utile pour développer notre analyse à venir du comportement optimal du juge.

Lemme 2.1. *Pour tout $\alpha \in [0, 1]$,*

$$\frac{\partial S^*(\alpha)}{\partial \alpha} \begin{matrix} \geq \\ \leq \end{matrix} 0 \Leftrightarrow \Pi_{22}(\Omega_w)^4 - \Pi_{11}(\Omega_f)^4 \begin{matrix} \geq \\ \leq \end{matrix} 0$$

où Π_{11} et Π_{22} sont évalués aux niveaux des investissements d'équilibre.

Preuve. Voir Annexe B.

Etant donné que cette expression est relativement compliquée, on ne peut pas en inférer beaucoup de renseignements concernant α^* sans imposer davantage de restrictions sur la fonction Π . Pour cette raison, nous utilisons une fonction de type Cobb-Douglas, à savoir $\Pi(I_f, I_w) = (I_f)^{\mu_f} (I_w)^{\mu_w}$, où $0 < \mu_i < 1$ ($i = f, w$) et $\mu_f + \mu_w < 1$. Ces fonctions sont lisses, strictement croissantes et strictement concaves ; les paramètres μ_f et μ_w capturent les productivités des parties. Notre principal objectif est d'analyser l'impact de ces paramètres technologiques ainsi que des autres paramètres (mentionnés précédemment) sur le rôle optimal du juge. Notre principal résultat est résumé dans la proposition suivante.

Proposition 2.2. *Supposons que $\Pi(I_f, I_w) = (I_f)^{\mu_f} (I_w)^{\mu_w}$, où $0 < \mu_i < 1$ ($i = f, w$) et $\mu_f + \mu_w < 1$. Alors la décision optimale du juge est d'implémenter $\alpha = \alpha^*$, tel que*

$$\alpha^* = \frac{2q\gamma + (1 - q)[(1 + \beta) - \tau(1 - \beta)]}{2q(1 + \tau)}$$

$$\text{avec } \tau = \sqrt{\frac{\mu_f(1 - \mu_w)}{\mu_w(1 - \mu_f)}}$$

Preuve. Voir Annexe C.

Si l'hypothèse de cette proposition restreint la classe de fonctions Π applicables, une telle restriction a été délibérément choisie pour nous permettre de développer nos principaux résultats de façon claire et tractable, et ses implications sont fortes.

Corollaire 2.1. *Les productivités relatives des deux partenaires pour la production du surplus sont un élément-clé déterminant le comportement optimal du juge :*

$$\mu_f \begin{matrix} \geq \\ \leq \end{matrix} \mu_w \text{ (d'où, } \tau \begin{matrix} \geq \\ \leq \end{matrix} 1) \Leftrightarrow \Omega_f(\alpha^*) \begin{matrix} \geq \\ \leq \end{matrix} \Omega_w(\alpha^*)$$

L'intuition qui se cache derrière ce résultat vient du fait que lorsque l'investissement de la partie i est plus productif que celui de j ($i = f, w; j = f, w; i \neq j$), alors la valeur optimale de α^* se traduit par une plus grande force de négociation de i comparée à celle de j ($i = f, w; j = f, w; i \neq j$), qu'il utilisera pour obtenir une part plus importante du surplus économique¹⁶. En d'autres termes, si la productivité de l'investissement du salarié est plus grande que celle de l'employeur ($\mu_w > \mu_f$), alors le "juge optimal" doit désavantager l'employeur, de sorte que la part du surplus économique Π revenant au salarié, générée par les investissements des deux parties, s'accroisse (*toutes choses égales par ailleurs*). Cela augmentera les incitations à investir du salarié et réduira les incitations de la firme, de sorte que $I_w^* > I_f^*$. L'inverse est vrai si $\mu_w < \mu_f$. En suivant le même raisonnement, si $\mu_w = \mu_f$, alors le paramètre α^* est la valeur unique de α telle que $\Omega_f^* = \Omega_w^*$. Un juge adoptant un tel comportement s'assure que les gains des parties en cas de désaccord sont égaux, que les pouvoirs de négociation sont "harmonisés" et que le surplus économique est réparti de façon égale. Cet équilibrage des pouvoirs de négociation est crucial pour fournir aux parties des incitations à l'investissement appropriées. En effet, dans un tel contexte, les joueurs ne peuvent pas faire un usage stratégique de leurs points de menace dans les situations de négociation qu'ils rencontrent lors de leurs

¹⁶Pour le voir, substituons la valeur optimale α^* de la Proposition 2 dans Ω_f et Ω_w , nous obtenons : $\Omega_f(\alpha^*) = \frac{\tau}{1+\tau}[1 + q(\gamma - 1)]$ et $\Omega_w(\alpha^*) = \frac{1}{1+\tau}[1 + q(\gamma - 1)]$.

relations de travail. Les deux parties sont ainsi prêtes à investir de façon optimale parce que la présence du juge protège chacun d'eux de l'expropriation par l'autre. En implémentant α^* , cette présence crée un jeu particulier entre les partenaires dans lesquels la capacité des individus à s'engager dans un comportement de recherche de rente est minimisé. En résumé, l'intervention possible du juge dans les négociations sur l'indemnité de licenciement peut empêcher les parties de se comporter de façon opportuniste *ex post*, en promouvant ainsi les investissements *ex ante* de second rang.

Cependant, le résultat exposé dans la Proposition 2 signifie également que le juge, en choisissant α^* , doit prendre en compte le degré de spécificité des investissements (γ), le pouvoir de sabotage du salarié (β), le rapport des productivités des investissements des parties (τ), et la probabilité de licenciement (q). En menant une analyse de statique comparative par rapport à α^* , nous montrons que :

$$\frac{\partial \alpha^*}{\partial \beta} > 0 ; \frac{\partial \alpha^*}{\partial \gamma} > 0 ; \frac{\partial \alpha^*}{\partial q} \begin{matrix} \geq \\ \leq \end{matrix} 0 \Leftrightarrow \tau \begin{matrix} \geq \\ \leq \end{matrix} \hat{\tau} = \frac{1 + \beta}{1 - \beta}$$

Notons tout d'abord que la valeur optimale de α est croissante par rapport à β . Cela implique que plus la firme est capable de capturer les bénéfices de ses investissements lorsque les parties échouent à trouver un compromis lors des renégociations salariales (*i.e.* plus la valeur de β est élevée), plus la part de surplus économique accordée par le juge au salarié devrait être importante. Cette relation est cohérente avec l'idée qu'une force-clé sous-jacente à la détermination du comportement optimal adopté par le juge concerne la tendance à égaliser les pouvoirs de négociation des parties. En d'autres termes, une hausse de β , qui accroît le pouvoir de négociation (originel) de l'employeur dans ses relations de travail, devrait être partiellement compensée par une hausse de α . De ce point de vue, donner une part plus importante de Π au salarié dont le pouvoir de négociation (originel) est relativement plus faible que celui de l'employeur est cohérent avec l'objectif de procurer au salarié un pouvoir de négociation plus fort et de l'amener

ainsi à fournir le niveau optimal d'investissement. Comme cela a été mentionné précédemment, le pouvoir de négociation relatif de la partie i détermine le bénéfice marginal de son investissement, ce qui, par suite, détermine ses incitations marginales.

Le lien entre α et le degré de spécificité des investissements γ est le suivant. Moins les investissements sont spécifiques (*i.e.* plus la valeur de γ est élevée), plus l'employeur est capable de capturer le bénéfices de ses investissements lorsqu'il est contraint de licencier le salarié. Celui-ci a, en conséquence, moins d'incitations à investir, ce qui entraîne un certain degré d'inefficacité. Dans ces conditions, le juge devrait compenser cet effet pervers en harmonisant les pouvoirs de négociation respectifs des parties, restaurer des incitations à investir appropriées et, à cet égard, accroître la part de surplus économique revenant au salarié.

L'influence de q sur la valeur optimale de α est moins directe. Nous pouvons remarquer que plus la valeur de β est élevée, moins il est probable que τ soit supérieur à $\hat{\tau}$ et donc, moins il est probable que α^* augmente avec q . L'intuition sous-jacente à cette relation est la suivante. Plus la valeur de β est élevée, plus le pouvoir de négociation originel du salarié dans les renégociations salariales est faible ; cela implique qu'il devient plus avantageux (ou moins coûteux) pour lui d'être licencié étant donné la perspective d'une indemnité de licenciement. Ainsi, si la probabilité de licenciement s'accroît, le juge ne devrait pas nécessairement augmenter l'indemnité de licenciement accordée, précisément parce que le salarié peut consentir davantage à ce licenciement (en termes de bien-être) et qu'une hausse de l'indemnité de licenciement lui fournirait l'opportunité d'exproprier explicitement la firme.

En résumé, la part du surplus qui devrait optimalement être allouée au salarié par le juge dépend de plusieurs éléments, à savoir le pouvoir de vengeance du salarié en cas de non-licenciement, le degré de spécificité des investissements et la probabilité qu'il soit licencié.

2.3 Conclusion

Ce chapitre étudie l'impact de la décision judiciaire concernant le montant de l'indemnité de licenciement sur les incitations à investir de deux parties (un employeur et un salarié) liées par une relation de travail. L'objectif de notre analyse est de déterminer comment le système judiciaire devrait prendre ses décisions, c'est-à-dire à quel point il devrait faire prévaloir une partie sur l'autre dans son jugement, de façon à fournir à chacune les meilleures incitations possibles à investir. Nous montrons que la *simple existence* du système judiciaire permet de donner les "bonnes" incitations aux parties. En effet, la décision *ex post* et ses déterminants ne sont pas neutres *ex ante* pour les investissements permettant de créer un surplus : non seulement la présence du système judiciaire mais aussi les déterminants de ses décisions sont cruciaux dans la détermination de l'efficacité générale des investissements en capital humain et physique. De façon plus générale, ce chapitre répond à une question importante et actuelle : de quoi le juge devrait-il tenir compte lorsqu'il prend une décision liée à un litige du travail ? Nous montrons que la part optimale du surplus que devrait recevoir le salarié dépend de quatre paramètres-clés : la probabilité de licenciement (q), le pouvoir de nuisance du salarié (β), le degré de spécificité des investissements (γ) et les productivités des investissements (μ_f et μ_w).

Un intérêt majeur de notre analyse serait de comparer différents systèmes judiciaires, ce qui serait envisageable en considérant la définition de ces paramètres du point de vue agrégé. Par exemple, conjecturons et interprétons le pouvoir de nuisance du salarié (β) comme le droit de grève de la main d'oeuvre et la probabilité de licenciement (q) comme le taux de chômage ou bien le taux de licenciement d'une région géographique donnée. Notre modèle préconise que le juge devrait prendre en compte ce droit de grève et ce taux de licenciement/chômage afin de déterminer s'il devrait ou non faire prévaloir le salarié sur l'employeur en cas de litige du travail (en accordant une indemnité de licenciement plus élevée). En d'autres termes, évaluer le droit de grève de la main

d'oeuvre et le taux de licenciement permettrait de livrer des recommandations quant au comportement optimal des juges.

En ce sens, ce chapitre est dans la lignée des études empiriques montrant que les juges seraient influencés par les conditions économiques lorsqu'ils prennent des décisions concernant des litiges du travail (Ichino *et al.*, 2003 ; Marinescu, 2005). Notre analyse fournit certains fondements théoriques (et normatifs) aux résultats empiriques de ces études, et contribue aux travaux récents et/ou recommandations sur la place du système judiciaire dans les relations de travail. Cependant, les prédictions ne sont pas aussi claires que les résultats empiriques de ces études : l'effet de la probabilité de licenciement notamment est ambigu.

Dans notre modèle, la firme est d'une certaine manière financièrement responsable de sa décision de licenciement puisqu'une partie du surplus est versée au salarié. Un tel résultat est en accord avec Cahuc et Kramarz (2004) qui suggèrent de rendre l'employeur responsable des licenciements en instaurant une taxe de solidarité due pour tout licenciement auquel il procéderait. Bien qu'une telle mesure aille dans le sens d'une restriction du rôle du système judiciaire, le point commun avec notre analyse, dans une certaine mesure, est l'internalisation des coûts de licenciement.

La question de qui devrait implémenter l'indemnité de licenciement optimale est importante. En fait, nous supposons implicitement dans notre cadre théorique que le paramètre α est décidé par le juge et λ par la loi, mais l'on peut également considérer les deux paramètres apparaissant dans l'indemnité de licenciement comme déterminés par le législateur. Par exemple, les valeurs de α et λ pourraient être stipulées dans les codes (tels que le Code du travail français). Dans ce contexte, le juge devrait appliquer ces valeurs et ne pourrait pas décider de façon individuelle de la façon de diviser le surplus. Dans ce cas, il n'aurait pas de pouvoir discrétionnaire. Cependant, cette possibilité ne modifie pas notre analyse, au sens où la question de l'existence et du *design* d'un système judiciaire efficace reste pertinente (efficace au sens où il permettrait de fournir

aux parties les meilleures incitations à investir). Dans un cas comme dans l'autre, la présence du système judiciaire et du juge est essentielle. Ainsi, un moyen de déterminer à quel point le juge devrait être indépendant dans ce contexte serait d'analyser qui (du juge ou du législateur par exemple) peut observer le plus aisément les paramètres (β , γ , μ_f et μ_w) déterminant la part optimale de surplus accordée au salarié.

La question des informations disponibles permettant au tribunal de prendre la décision optimale doit également être discutée. Dans ce chapitre, nous avons fait l'hypothèse que ces paramètres sont connaissance commune et observables par le juge. Bien que contre-intuitive de prime abord, l'on peut très bien estimer que cette hypothèse est réaliste et empiriquement pertinente. En effet, elle est en cohérence avec la pratique de la justice dans les pays de droit civil comme dans les pays de Common Law¹⁷. Les procédures juridiques impliquent généralement que l'information privée de chaque partie est transmise à l'autre partie et au juge (Froeb et Kobayashi, 2001). Bien entendu, des comportements stratégiques sont possibles et la littérature sur la résolution des litiges insiste sur l'importance d'asymétries d'information pour expliquer la "négociation à l'ombre du droit" (Bebchuk, 1984; Cooter et Rubinfeld, 1989; Kennan et Wilson, 1993). Cependant, il est aussi manifeste qu'au moment où le juge prend sa décision, il a collecté toute l'information pertinente concernant l'affaire qu'il se doit de résoudre.

¹⁷Même si les procédures sont relativement différentes dans les deux systèmes (*i.e.* inquisitoire *versus* accusatoire), le tribunal dispose d'une information relativement pertinente au moment de sa décision. Dans le système inquisitoire, le juge joue un rôle actif dans la collecte de l'information, tandis que dans un système accusatoire, il reçoit l'information collectée par les parties.

Annexes

Annexe A. Litiges du travail administrés par les instances compétentes dans cinq pays européens

Pays	Année	Nombre d'affaires devant les instances compétentes	Nombre d'affaires rapporté au nombre de licenciements dans l'économie	Proportion d'affaires causées par des licenciements
France ¹	2003	212 143 ²	19,9%	92,3%
Allemagne	Moyenne 1999-2002	610 079 ³	22,6% ⁴	48,6% ⁵
Italie	2004	290 838 ⁶	n.c.	n.c.
Espagne	2002	199 001 ⁷	n.c.	n.c.
Royaume-Uni	2002	98 617 ⁸	7,1% ⁹	56,1% ¹⁰

¹ Source : Munoz-Perez et Serverin (2005).

² Nombre d'affaires portées devant le Conseil de Prud'hommes.

³ Nombre d'affaires terminées devant les tribunaux de première instance. Source : European Industrial Relations Observatory (EIRO).

⁴ Source : OCDE (2004).

⁵ Proportions d'affaires terminées devant les tribunaux du travail de première instance dues à des licenciements. Source : European Industrial Relations Observatory (EIRO).

⁶ Affaires liées à des questions de sécurité du travail, sécurité sociale initiées dans les tribunaux de première instance. Source : Istat, Statistiche giudiziarie.

⁷ Nombre d'affaires portées devant les tribunaux du travail. Source : EIRO.

⁸ Nombre de demandes déposées auprès des tribunaux du travail dans la principale juridiction. Source : EIRO.

⁹ Source : OCDE (2004).

¹⁰ Proportion de demandes déposées auprès des tribunaux du travail dans la principale juridiction, pour motifs de licenciement injustifié, rupture de contrat ou licenciement économique. Source : EIRO.

Annexe B. Preuve du Lemme 1

En utilisant (2.11), (2.12), et (2.13), nous obtenons :

$$S(I_f^*, I_w^*) = 1 + [1 - q(1 - \gamma)]\Pi(I_f^*, I_w^*) - c(I_f^* + I_w^*)$$

où I_f^* et I_w^* sont définis par les conditions de premier ordre dans (2.16) et (2.17).

En différenciant S^* par rapport à α , nous obtenons :

$$\frac{\partial S^*(\alpha)}{\partial \alpha} = [1 - q(1 - \gamma)] \left(\Pi_1 \frac{\partial I_f^*}{\partial \alpha} + \Pi_2 \frac{\partial I_w^*}{\partial \alpha} \right) - c \left(\frac{\partial I_f^*}{\partial \alpha} + \frac{\partial I_w^*}{\partial \alpha} \right) \quad (\text{A.1})$$

De plus, en différenciant totalement les conditions de premier ordre dans (2.16) et (2.17) par rapport à α , nous trouvons :

$$\frac{\partial I_f^*}{\partial \alpha} = \frac{q}{\Delta} \left(\frac{\Pi_1 \Pi_{22}}{\Omega_f} + \frac{\Pi_2 \Pi_{12}}{\Omega_w} \right) \text{ et } \frac{\partial I_w^*}{\partial \alpha} = -\frac{q}{\Delta} \left(\frac{\Pi_2 \Pi_{11}}{\Omega_w} + \frac{\Pi_1 \Pi_{21}}{\Omega_f} \right) \quad (\text{A.2})$$

où $\Delta = \Pi_{11}\Pi_{22} - (\Pi_{12})^2$, avec toutes les dérivées partielles de premier et de second ordre évaluées aux niveaux des investissements d'équilibre. La stricte concavité de Π implique que $\Delta > 0$ et le théorème de Young stipule que $\Pi_{21} = \Pi_{12}$ pour toute paire (I_f, I_w) .

Après avoir substitué les dérivées des investissements d'équilibre (exposés dans (A.2)) dans le terme de droite de (A.1), utilisé les conditions de premier ordre dans (2.16) et (2.17) pour substituer Π_1 et Π_2 , simplifié et enfin réarrangé les termes, nous obtenons :

$$\frac{\partial S^*(\alpha)}{\partial \alpha} = \frac{c^2 q}{\Delta(\Omega_f \Omega_w)^3} [\Pi_{22}(\Omega_w)^4 - \Pi_{11}(\Omega_f)^4]$$

Le lemme est obtenu immédiatement puisque $c > 0$, $q \geq 0$, $\Delta > 0$ et $\Omega_i > 0$ ($\forall i = f, w$).

■

Annexe C. Preuve de la Proposition 2

A partir des conditions de premier ordre dans (2.16) et (2.17), nous obtenons la relation suivante entre les niveaux d'investissement à l'équilibre :

$$I_f^* = \left(\frac{\Omega_f \mu_f}{\Omega_w \mu_w} \right) I_w^* \quad (\text{B.1})$$

Il découle du lemme 1 que pour toute valeur $\alpha \in [0, 1]$,

$$\frac{\partial S^*(\alpha)}{\partial \alpha} \begin{matrix} \geq \\ \leq \end{matrix} 0 \Leftrightarrow \frac{\Omega_f}{\Omega_w} \begin{matrix} \geq \\ \leq \end{matrix} \tau = \sqrt{\frac{\mu_f(1 - \mu_w)}{\mu_w(1 - \mu_f)}}$$

En substituant les valeurs d'équilibre de Π_{11} et Π_{22} , en utilisant (B.1) et en remplaçant Ω_f et Ω_w par leur valeur respective, il suit que :

$$\frac{\partial S^*(\alpha)}{\partial \alpha} \begin{matrix} \geq \\ \leq \end{matrix} 0 \Leftrightarrow \alpha^* \begin{matrix} \leq \\ \geq \end{matrix} \frac{2q\gamma + (1 - q)[(1 + \beta) - \tau(1 - \beta)]}{2q(1 + \tau)}$$

Ainsi, étant donné la concavité stricte de S , nous avons établi que le point stationnaire $\alpha = \alpha^*$ est le point auquel S^* atteint son maximum. ■

Chapitre 3

Litiges du travail, procès en appel et incitations des parties

“Tout s’arrangerait parfaitement bien si l’on pouvait faire les choses deux fois.”

Johann Wolfgang von Goethe

“Je déteste les discussions, elles vous font parfois changer d’avis.”

Oscar Wilde

Les litiges gérés par les Conseils de prud’hommes (CPH) sont, comme tout autre type de litige, soumis au risque d’appel. En effet, si l’une des deux parties conteste la décision du tribunal en espérant obtenir une décision différente devant une juridiction supérieure, elle est libre de faire appel, sous réserve que certaines conditions soient réunies. En particulier, si la demande faite auprès du CPH est inférieure à 4000 euros, alors celui-ci statue en dernier ressort ; dans le cas contraire, la décision du CPH est susceptible d’appel (décret du 20/09/2005). Par ailleurs, le plaignant ne peut faire appel du jugement prononcé par le CPH que si sa demande n’a pas été satisfaite en première

instance ; ainsi, si le montant des dommages et intérêts demandés par le plaignant est accordé par le CPH, alors celui-ci ne peut pas faire appel dans le but d'obtenir encore davantage.

Une caractéristique propre aux litiges du travail concerne le taux d'appel : en effet, en 2006, le taux d'appel sur les jugements prononcés au fond par le CPH l'année précédente est de 62,5%, ce qui représente le taux le plus élevé depuis 2000. Sur les six dernières années, le taux d'appel est en moyenne de 59,8% et se maintient dans des proportions relativement égales : ceci peut d'ailleurs être surprenant dans la mesure où le taux de compétence prud'homale en premier et dernier ressort (actuellement de 4000 euros) augmente régulièrement¹. Dans un tel contexte, on pourrait s'attendre à ce que le taux d'appel diminue avec chaque hausse du taux de compétence, dans la mesure où les exigences requises pour pouvoir faire appel sont de plus en plus importantes ; or, ce n'est pas le cas. De plus, ce taux d'appel pour le CPH paraît relativement élevé, et ce, d'autant plus si on le compare à celui des autres juridictions civiles : en effet, en 2006, le taux d'appel sur les jugements rendus par le Tribunal de grande instance est de 12,4%, celui des Tribunaux d'instance de 4,6% et enfin celui des Tribunaux de commerce, de 14,4%. Ainsi, le CPH apparaît comme une exception de ce point de vue puisqu'une large majorité des décisions rendues sont appelées par l'une ou l'autre des parties (plaignant ou défendeur). Ce taux d'appel pose problème, notamment parce qu'il participe à l'entretien d'un certain engorgement des Cours d'appel et d'une durée moyenne de règlement des affaires élevée, à l'origine d'un coût social relativement important. Ce problème relatif aux litiges du travail a notamment été évoqué par Munoz-Perez et Serverin (2005) qui soulignent que "la persistance des litiges du travail peut être lue

¹Le taux de compétence ou taux de ressort est "la valeur maximale de l'intérêt du litige déterminé par décret qui fixe, d'une part, la limite au-delà de laquelle une juridiction n'a plus compétence pour connaître de l'affaire et qui fixe d'autre part, à l'intérieur de cette valeur, la limite au-delà de laquelle cette juridiction ne statue qu'à charge d'appel." (Source : www.juritravail.com). Ainsi, un taux de compétence en dernier ressort de 4000 euros signifie que les CPH statuent en dernier ressort pour les litiges dont l'enjeu est inférieur à 4000 euros. Ceux dont l'enjeu est supérieur peuvent faire l'objet d'une procédure en appel.

comme un indicateur de durcissement des litiges” (p.14).

Au-delà du simple constat du caractère problématique d’un taux d’appel élevé se pose la question des raisons d’un tel phénomène. En particulier, on peut s’interroger sur la disparité entre le CPH et les autres juridictions civiles concernant les recours déposés sur les jugements rendus. Peu d’articles juridiques ont étudié cette question et les explications sont par conséquent rares. Selon Jeammaud et Vennin (1993, p.408), la démarche d’appel serait “davantage liée à l’importance pécuniaire du litige qu’à une attitude de défiance qu’inspirerait la composition ou la mauvaise qualité des décisions de la juridiction du premier degré”. En effet, selon ces auteurs, le taux d’infirmité totale des jugements prud’homains n’est pas supérieur à celui des autres juridictions civiles, ce qui va à l’encontre de l’idée d’une médiocre qualité juridique des décisions des CPH. Mais une telle explication est relativement incomplète dans la mesure où elle est loin d’identifier toutes les raisons possibles à un tel taux d’appel ; or, seule la détermination de ces raisons peut permettre de mettre en oeuvre des mesures législatives visant à améliorer le fonctionnement du système judiciaire en la matière.

Derrière ce phénomène se cachent notamment des motivations stratégiques que peut mettre en relief la théorie économique. En effet, la décision d’un individu de faire appel d’un jugement peut dépendre de l’enjeu de cette décision (le gain possible en appel), de la probabilité de voir la décision renversée, des interactions passées entre les parties, etc. Or, si une littérature relative aux Cours d’appel s’est développée récemment, celle-ci ne cherche pas à répondre à la question des motivations économiques des parties impliquées dans un litige à faire appel ni des conditions sous lesquelles cela est avantageux ; en effet, la littérature existante se place essentiellement sous l’angle de l’offre de justice puisqu’elle analyse le système judiciaire dans son ensemble, en tentant par exemple de déterminer les relations entre les différents tribunaux dans un système judiciaire hiérarchisé². La littérature sur la procédure d’appel ne s’est pas intéressée à la demande

²Un système judiciaire hiérarchisé est un système à plusieurs niveaux de jugement : en France, il peut s’agir par exemple du Tribunal dit “inférieur” (CPH, Tribunal de commerce, Tribunal d’instance,

de justice ; or, analyser le mécanisme de l'appel sous l'angle du comportement des parties est une démarche qui semble présenter un enjeu important.

Devant un encombrement des Cours d'appel et un allongement de la durée de résolution des litiges, certaines Cours d'appel en France, au Canada ou encore aux Etats-Unis ont mis en place un système de médiation/conciliation³ pour favoriser le règlement des litiges ayant atteint la phase de l'appel. C'est le cas par exemple de la Cour d'appel (CA) de Québec, de la CA de l'Utah, mais également des CA de Bourges ou de Grenoble, qui ont instauré ce système pour certains types de litiges⁴. Dans ces CA, une médiation est proposée aux parties afin de leur permettre de résoudre leur litige à l'amiable. Cependant, en France, ces procédures relèvent davantage d'une expérimentation que d'une véritable institution reconnue et appliquée par toutes les Cours d'appel. Les objectifs de l'introduction d'un mode alternatif de résolution des litiges (MARL) à cette étape du litige sont les mêmes que lorsque ce type de procédure est introduit préalablement à un procès de première instance : ainsi, les avantages d'un règlement amiable du litige en appel sont d'éviter certains coûts de justice et de régler plus rapidement le litige tout en donnant aux parties la satisfaction d'avoir pu trouver un accord qui les satisfasse toutes les deux dans la mesure du possible. Dans les Cours d'appel où cette procédure est mise en place, le taux de réussite est relativement élevé : ainsi par exemple, sur

etc.), puis de la Cour d'appel et de la Cour de cassation.

³Les deux termes, bien que représentant en réalité des notions différentes, sont ici substituables dans leur emploi et ont pour objet de caractériser un mode alternatif de résolution des litiges qui se fait en présence d'une tierce partie ayant un rôle plus ou moins passif, mais n'ayant aucun pouvoir de contrainte sur les parties. La conciliation "est un mode conventionnel de règlement amiable des conflits par lequel les parties, avec ou sans l'aide de tiers, tentent de rapprocher leurs points de vue afin de parvenir à une solution du conflit qui les oppose." En effet, le conciliateur "ne dispose d'aucun pouvoir pour trancher le différend ni imposer une solution aux parties." La médiation "suppose l'intervention d'un tiers. Ce dernier va, à travers l'organisation d'échanges entre les parties, permettre à celles-ci de confronter leurs points de vue et de trouver une solution amiable. L'intervention du tiers est beaucoup plus active en matière de médiation que de conciliation. Le médiateur peut intervenir dans la discussion, faire des propositions, afin que les parties trouvent elles-mêmes une solution à leur conflit." Source : <http://www.cdad-aude.justice.fr>

⁴Cette liste n'est pas exhaustive mais tient simplement lieu d'illustration.

les 350 affaires soumises à la conciliation devant la CA de Québec entre 1998 et 2001, 80% ont été réglées définitivement à l'amiable⁵. Dans la mesure où un litige est arrivé jusqu'en appel, il semble légitime de se demander pour quelles raisons il pourrait être résolu à l'amiable à cette étape alors qu'il ne l'a pas été avant l'introduction de l'affaire devant la justice ou bien durant la première phase de conciliation dans les cas où une telle tentative a lieu. En particulier, le constat d'un taux de conciliation avant procès inférieur à 10% pour les litiges du travail en France peut amener à douter de l'efficacité d'une nouvelle procédure de conciliation après que les parties ont eu à faire face à l'échec d'une conciliation ainsi qu'à un procès. Si certains éléments peuvent dans certains cas différer entre les deux procédures de conciliation et donc expliquer une éventuelle différence de résultat⁶, il est également possible qu'interviennent des éléments relatifs à la structure des procès, à leur imbrication ou à leur déroulement. Sur ce point encore, la théorie économique doit pouvoir apporter un éclairage.

L'objectif de ce chapitre est double. D'une part, comme nous l'avons évoqué précédemment, l'analyse de la demande de justice dans le cadre d'un système hiérarchisé (par exemple les incitations des parties impliquées dans un litige au sein d'un tel système) a été jusqu'à présent relativement négligée. Notre étude s'inscrit précisément dans le cadre d'un processus d'appel avec l'objectif d'analyser les interactions individuelles lorsque deux procès impliquant les mêmes agents peuvent potentiellement se succéder. Ainsi, nous tentons de mettre en lumière les motivations des parties à faire appel, mais également leurs motivations durant tout le processus (conciliation(s) et procès), spécifiquement celles à trouver un compromis avant toute décision du CPH. De plus, l'impact de l'introduction d'une possibilité de résolution amiable du litige durant la phase d'appel sur les incitations des parties et l'efficacité de la procédure est également considéré.

⁵Ce chiffre, qui peut paraître très élevé, est cependant à relativiser puisqu'il prend en compte uniquement les parties ayant accepté de tenter une conciliation. Or, le pourcentage de parties l'ayant tentée n'est pas connu.

⁶Par exemple, pour que la comparaison soit valable, il faut que le temps institutionnel consacré à la conciliation soit le même dans les deux procédures, ce qui n'est pas forcément le cas, que le nombre de conciliateurs soit identique, que leur formation soit la même dans les deux cas, etc.

Ainsi, notre premier objectif est de contribuer à pallier certaines insuffisances d'une littérature qui se concentre quasiment exclusivement sur l'offre de justice, en prenant en compte la justice du côté de la demande et ce, dans un système de résolution des litiges à plusieurs étapes, à savoir la (ou les) conciliation(s), le procès initial, le procès en appel.

D'autre part, nous adoptons pour cela une vision approfondie du comportement des individus : en effet, d'un point de vue formel, nous relâchons l'hypothèse, généralement admise en économie du droit, de neutralité des individus au risque et prenons en compte leurs préférences de façon plus générale et plus réaliste sur la base de la Théorie Duale de Yaari (1987). Cette théorie permet de considérer une certaine objectivité dans l'information des parties : plus précisément, dans notre modèle, le plaignant possède une certaine information sur ses chances de gagner le procès et cette information détermine ses croyances étant donnée son attitude vis-à-vis du risque ou, en d'autres termes, étant donné son pessimisme⁷. Ainsi, la théorie de Yaari permet de prendre en compte, non pas des poids de décisions probabilistes purs, mais de refléter les préférences des individus et spécifiquement leur comportement en termes de risque. Cette théorie est assez peu utilisée en économie du droit, notamment en raison de sa relative complexité, mais elle présente pourtant plusieurs avantages par rapport à la théorie de l'utilité espérée puisqu'elle la généralise ; son principal avantage est de maintenir l'hypothèse d'utilité marginale constante de la richesse, tout en capturant l'idée de non-neutralité au risque (contrairement à la théorie de l'espérance d'utilité de Von Neumann et Morgenstern

⁷L'aversion au risque dans le modèle de Yaari caractérise davantage une certaine forme de pessimisme que de l'aversion au risque au sens commun (même si ces deux termes seront employés ici indistinctement) : en effet, l'individu dit "averse au risque" déforme les probabilités, et les probabilités subjectives qu'il considère sont inférieures aux probabilités objectives. La probabilité objective est la probabilité qui est communiquée à l'individu ou sur laquelle il possède de l'information : il s'agit de la probabilité que prend en compte un individu neutre au risque. La probabilité subjective est obtenue à partir de la probabilité objective, mais cette probabilité est déformée par l'individu en raison de ses préférences. Ainsi, un individu pessimiste qui a une certaine probabilité de gagner un procès va considérer dans ses choix une probabilité inférieure à cette probabilité objective.

(1944) qui y associe une utilité marginale de la richesse décroissante)⁸. Parce qu'elle fournit une représentation plus fine des préférences des individus (leur optimisme et pessimisme notamment), nous avons choisi d'utiliser cette représentation dans notre modèle théorique. Ce modèle considère un litige en plusieurs étapes que constituent la conciliation, le procès devant le CPH puis le second procès.

Parmi les résultats obtenus, nous fournissons les critères sous lesquels un plaignant a intérêt à faire appel, ce qui contribue à comprendre pourquoi le taux d'appel en France est si élevé. De plus, nous mettons en relief les conditions sous lesquelles un accord amiable est trouvé. Enfin, nous montrons qu'un système où une phase de conciliation est introduite en appel (auquel cas une quatrième étape est ajoutée à la procédure précédemment décrite) est relativement efficace puisque tout conflit pourrait théoriquement être résolu par un accord amiable durant la phase d'appel.

Le chapitre est organisé de la façon suivante : la Section 3.1 présente la littérature économique relative au processus d'appel, tandis que la Section 3.2 expose la littérature relevant de l'analyse économique du droit relative à la résolution des litiges. La théorie duale de Yaari que nous avons retenue pour la modélisation de notre problématique est exposée brièvement en Section 3.3. Ensuite, le modèle théorique, les hypothèses et résultats sont présentés dans la Section 3.4. La Section 3.5 conclut et propose certaines extensions possibles.

3.1 Littérature relative au processus d'appel

D'un point de vue théorique, relativement peu d'analyses ont été réalisées concernant le processus d'appel, mais le nombre d'articles sur ce sujet s'accroît depuis quelques années. Cependant, jusqu'à présent, les rares articles portant sur le mécanisme

⁸Nous reviendrons en détail sur ce point dans la Section 3.3.

d'appel se sont focalisés sur une analyse structurelle du processus d'appel et non sur le comportement individuel des parties impliquées dans un tel processus, c'est-à-dire sur la demande de justice : ce dernier point a en effet été totalement négligé dans la littérature.

Plusieurs modèles ont tenté d'analyser le processus d'appel du point de vue global de l'offre de justice, c'est-à-dire en considérant ce processus de façon systémique ou en analysant la façon dont les décisions sont prises par les juges ou tribunaux. Shavell (1995) justifie l'incorporation d'un processus d'appel dans le système de règlement des litiges en le considérant comme un moyen de correction des erreurs commises durant les procès de première instance. Il soutient que la société peut trouver le processus d'appel préférable à l'alternative d'améliorer la qualité du processus de première instance, en raison de la différence de coûts qui en résulte. En fait, si les parties possèdent de l'information sur la survenance des erreurs, cela peut les mener à faire appel des jugements seulement lorsqu'il est probable que des erreurs aient été commises, mais pas dans le cas contraire.

Cameron et Kornhauser (2005a) analysent également le processus d'appel en termes de système hiérarchique. Ils déterminent plusieurs variables-clés⁹ permettant une caractérisation de la performance des processus d'appel et trouvent les conditions sous lesquelles ajouter un processus d'appel améliore un système de résolution des litiges, en termes de correction des erreurs notamment. Ainsi, par exemple, un processus d'appel est "correcteur d'erreurs" (anti-correcteur d'erreurs) si le ratio défini comme le ratio de correction des erreurs¹⁰ est supérieur (inférieur) à 1. De plus, ils soulèvent l'idée

⁹Ces paramètres-clés sont le taux d'erreur à une date donnée, p^t , les probabilités qu'une affaire jugée de façon correcte/erronée en t soit appelée en $t + 1$, respectivement q_R^t et q_W^t et les probabilités que, lors du procès en appel, une affaire jugée initialement de façon correcte/erronée soit renversée, $1 - p_R^{t+1}$ et $1 - p_W^{t+1}$.

¹⁰Ce ratio est défini comme le rapport entre la probabilité que, lors du procès en appel, une affaire jugée initialement de façon erronée soit renversée, $1 - p_W^{t+1}$, et le taux d'affaires jugées correctement en t , $1 - p^t$.

d'une sélection des affaires qui vont en appel, sélection qui dépendrait de la culpabilité ou de l'innocence des parties à un litige : selon ces auteurs, un processus de sélection des affaires appelées est créé et dépend des incitations des parties à faire appel dans un système judiciaire à trois niveaux. Par exemple, une partie qui sait qu'elle a perdu le procès injustement a une forte incitation à faire appel ; en effet, cela vient du fait qu'il est probable qu'un tribunal supérieur soit capable de corriger les erreurs faites par le tribunal inférieur. Si l'on considère cette incitation à chaque étape du système judiciaire, cela signifie qu'une partie ayant perdu son procès de façon justifiée aura de faibles incitations à faire appel d'une décision prise en sa défaveur puisque, même si elle gagnait son procès en appel, la partie honnête ferait à nouveau appel et gagnerait probablement (en raisonnant dans le cadre d'un système à trois niveaux de décisions, dont deux niveaux d'appel). Ainsi, le processus d'appel permet une sélection des parties à un litige dès le début du processus. Cameron et Kornhauser (2005b) proposent une extension de l'article précédent en étudiant l'importance de l'information que possède une partie sur l'efficacité de la sélection des litiges et le choix de règles de décision à chaque niveau (première instance et degré(s) d'appel).

Du point de vue empirique, en utilisant des données sur la performance des Cours d'appel allemandes, Schneider (2005) a pour objectif de déterminer si la manière dont le système judiciaire est organisé a un impact sur la prise de décisions et donc sur la performance des tribunaux. En prenant comme variables de performance le taux de confirmation des jugements rendus et la productivité globale des tribunaux, il montre que le degré de qualification des juges ainsi que leurs incitations en termes de carrière ont un impact sur ces variables de performance. Il montre notamment que les tribunaux employant davantage de juges titulaires d'un doctorat sont plus productifs mais prennent des décisions qui sont moins souvent confirmées par la Federal Labor Court (l'équivalent de la Cour de Cassation). Par ailleurs, les tribunaux employant des juges ayant une probabilité de promotion *ex ante* plus élevée sont moins productifs et rendent des jugements qui sont plus souvent infirmés.

Intéressé également par les incitations de carrière des juges aux Etats-Unis, Shavell (2006) se place du point de vue de ces derniers afin de déterminer leurs incitations durant le règlement des litiges : selon lui, ils seraient capables de prévoir quelles décisions seraient susceptibles d'être renversées en appel. Ils utiliseraient ainsi cette information pour juger les affaires avec l'objectif que leur décision ne soit pas renversée ensuite (dans le cas contraire, cela pourrait nuire à leur avancement).

Comme nous l'avons souligné, peu d'articles analysent réellement les incitations individuelles des parties à un litige dans le contexte de procès "liés", comme peuvent l'être un procès de première instance et un procès en appel. Ceci constitue malgré tout l'objet d'étude de Che et Yi (1993) qui raisonnent dans un contexte, non pas de processus d'appel, mais d'un litige répété pour des motifs similaires : ils prennent notamment l'exemple de deux plaignants attaquant successivement un même défendeur. Leur objectif est d'identifier la façon dont les précédents (dans le système juridique et judiciaire américain) affectent les comportements et stratégies des parties lors de la négociation. Dans ce cadre, la décision prise en faveur (ou en défaveur) du défendeur lors d'un procès permet à une future partie en litige de prédire de façon plus précise sa probabilité de gagner sa propre affaire (cette probabilité étant plus forte si son prédécesseur a gagné et plus faible s'il a perdu).

L'article qui se rapproche le plus de notre problématique est celui de Daughety et Reinganum (2000) qui analysent théoriquement la façon dont les décisions sont prises par les tribunaux au sein d'un système hiérarchisé. La première phase implique un tribunal qui a pour fonction de rassembler les preuves fournies par les parties, sujettes à un ensemble d'axiomes représentant les contraintes que les règles de procédure imposent. La seconde phase prend en compte une Cour d'appel bayésienne qui utilise l'information obtenue à partir du comportement passé d'un tribunal supérieur et à partir des actions de l'appelant, notamment sa décision de faire appel. Les auteurs se focalisent notamment sur l'étroitesse ou la largesse de l'interprétation du droit : l'appelant et la Cour d'appel reçoivent tous deux un signal privé sur le degré de l'interprétation du droit par un

tribunal supérieur. Daughety et Reinganum déterminent les conditions sous lesquelles l'appelant potentiel décide de faire appel et caractérisent la décision de la Cour d'appel en fonction de l'information qu'elle possède. Si leur modèle contribue à l'analyse du comportement de l'appelant, notamment concernant son intérêt à faire ou non appel, leur objectif est cependant différent du nôtre : il s'agit d'un modèle d'évaluation par la justice de la responsabilité des parties et les auteurs ne considèrent pas du tout la négociation préalable au(x) procès entre les parties.

Du point de vue empirique, les statistiques disponibles¹¹, concernant par exemple le taux d'appel en France, semblent révéler certaines caractéristiques et certains comportements qui ne peuvent pas totalement être expliqués par ces modèles existants : ainsi, il est probable que les parties aient des tendances opportunistes dans leur comportement et la boîte noire que constitue le comportement des justiciables dans un cadre similaire n'est analysée par aucun papier. Or, parmi ces différents articles relatifs au processus d'appel, aucun n'analyse le comportement des parties dans un système hiérarchisé à l'intérieur duquel les parties peuvent tenter de trouver une conciliation, que ce soit à un ou deux niveaux différents. Or, c'est bien sur cette question que nous souhaitons mettre l'accent afin de prendre en compte cet autre pan du règlement judiciaire des litiges. Enfin, déterminer à quelles conditions une conciliation en appel peut être un succès et dans quelle mesure celle-ci a un impact sur la résolution du litige *ex ante* nous semble constituer une question d'intérêt.

Avant d'exposer les outils utilisés pour notre analyse, il nous paraît pertinent de présenter de façon assez large la littérature d'économie du droit relative à la résolution des litiges : en effet, comprendre son évolution nous permettra de justifier les choix méthodologiques qui suivront.

¹¹Les statistiques disponibles sont notamment celles établies par le Ministère de la Justice.

3.2 Littérature relative aux conflits juridiques

L'analyse économique des conflits juridiques a pour objectif d'étudier les différents modes de résolution des litiges, notamment du point de vue de leur déroulement et de leur issue¹². Ce champ de l'économie du droit s'est développé suite à un constat : le fait que la résolution des contentieux par les tribunaux civils semble violer le théorème de Coase selon lequel, en l'absence de coûts de transaction, les parties devraient négocier dès lors qu'une négociation mutuellement bénéfique est réalisable. Or, en pratique, à partir du moment où un tribunal intervient au sein d'un litige, cela signifie que les parties n'ont pas réussi à parvenir à un accord par elles-mêmes. En conséquence, à partir des années 1970, certains économistes ont cherché à expliquer les raisons d'un tel échec : les premiers modèles développés sont ceux de Landes (1971), Gould (1973) et Shavell (1982). L'objectif de ces travaux est d'analyser les incitations des parties, au sein d'un litige, à trouver un accord ou à aller en procès, et d'identifier les raisons pouvant expliquer l'intervention du juge plutôt que le succès de la négociation.

Le principal facteur identifié par ces travaux expliquant ce processus réside dans l'optimisme excessif des parties au litige concernant leurs chances de gagner le procès. Dans ce contexte, les offres faites par les parties et représentant la part du surplus qu'elles souhaitent obtenir dépend de leurs anticipations sur la décision du juge. Or, selon les analyses citées, les parties forment des anticipations différentes, tant sur la probabilité que le plaignant gagne (ou que le défendeur perde le procès), que sur la valeur du gain obtenu par le plaignant en cas de victoire (ou sur la valeur de la perte supportée par le défendeur en cas de défaite). Chaque partie est supposée être optimiste, au sens où la somme que le plaignant s'attend à recevoir est supérieure à la perte espérée par le défendeur, cette divergence d'anticipations étant à l'origine de l'échec des négociations. Ainsi, dans ce type de modèle, le tribunal n'intervient que si les deux parties ont un

¹²Pour une revue plus exhaustive de la littérature relative à l'analyse économique de la résolution des litiges, voir Deffains (1997).

comportement optimiste.

Ces modèles dits “optimistes” ont été progressivement remis en cause dans les années 1980, en raison de leur ignorance de la nature stratégique des litiges. Les premiers à avoir tenu compte de telles interactions dans le domaine de l'économie du droit sont Cooter *et al.* (1982) : ceux-ci analysent la négociation préalable à un jugement au moyen d'un modèle non coopératif, en considérant la négociation comme un processus dynamique de décisions simultanées. De plus, les propositions faites par chaque partie se déroulent dans un climat d'incertitude : une partie ne sait pas quelle réponse l'autre partie va apporter à sa proposition, mais connaît seulement la distribution des stratégies de celle-ci dans une situation similaire. Dans ce cadre, si une partie accroît ses prétentions dans la négociation, cela réduit la probabilité d'obtenir un arrangement puisque la probabilité que la somme des demandes des parties excède le surplus augmente. Le juge intervient alors dès lors que l'une des parties fait des propositions relativement agressives tandis que l'autre n'est pas disposée à faire des concessions suffisantes. Ce modèle remet en cause les modèles optimistes puisque les croyances des parties ne sont pas erronées à l'équilibre : en effet, les parties ne commettent pas d'erreurs systématiques ; cela n'implique pas pour autant que la négociation aboutisse à coup sûr à un accord. En ce sens, ce modèle stratégique décrit le processus judiciaire de négociation de façon plus réaliste.

Les modèles stratégiques ont rapidement évolué de façon à prendre en compte les asymétries informationnelles possibles entre les parties, l'une d'elles disposant d'une information privée que ne possède pas l'autre partie. Par exemple, le défendeur peut posséder une information privilégiée sur la faute qu'il a commise, ou bien le plaignant peut savoir davantage d'éléments concernant le préjudice qu'il a subi. Ces modèles stratégiques peuvent être de plusieurs types : il peut s'agir de modèles de filtrage (Bebchuk, 1984), dans lesquels la partie non informée est celle qui fait une offre, de modèles de signal (P'ng, 1983 ; Reinganum et Wilde, 1986), où la partie possédant le plus d'informations est celle qui joue la première et enfin les modèles mixtes (Schweizer, 1989), dans

lesquels chaque partie possède une information privée. Ces différents articles ont constitué le point de départ de nombreuses analyses portant sur les négociations préalables à un procès.

Depuis quelques années, le développement de l'économie expérimentale et de la neuroéconomie¹³ ont permis de mieux comprendre le comportement des agents économiques. Ainsi, les modèles récents ont enrichi les modèles fondés sur des asymétries d'information en incluant des caractéristiques telles que le pessimisme, l'aversion à l'ambiguïté¹⁴ ou encore l'aversion aux pertes¹⁵. Ces "nouveaux modèles" s'inspirent des résultats obtenus en psychologie et sont utilisés par exemple en économie du droit ou dans le cadre de modèles de négociation. Ainsi, Butler (2007) met en relief du point de vue théorique l'apport de la "prospect theory" (empruntée à Kahneman et Tversky) à la négociation : en utilisant plusieurs types de points de référence (tels que ceux basés sur l'équité ou le *status quo* par exemple), il montre que ces différents types produisent un comportement différent au niveau individuel et en association avec le type de point de référence de l'autre partie. La notion d'aversion aux pertes est également utilisée dans le domaine de la négociation en général : ainsi, certains services de résolution des litiges, tels que www.settlenow.com montrent comment certains résultats de la neuroéconomie concernant l'aversion aux pertes peuvent être utilisés au sein de la négociation. L'aversion à l'ambiguïté est analysée par Segal et Stein (2006) dans le cadre du processus criminel : selon ces auteurs, l'aversion à l'ambiguïté caractérisant le défendeur dans le cadre d'un procès pénal le met dans une position de faiblesse du fait de l'asymétrie qui existe avec le procureur. En effet, selon les auteurs, ce dernier ne serait pas averse à l'ambiguïté, notamment parce que c'est un joueur répété intéressé par le taux global

¹³La neuroéconomie est "une branche de recherche au croisement de l'économie et des neurosciences cognitives qui étudie l'influence des facteurs cognitifs et émotionnels dans les prises de décisions, qu'il s'agisse d'investissement, d'achat, prise de risque, consommation." (Source : <http://fr.wikipedia.org>)

¹⁴L'aversion à l'ambiguïté, également appelée aversion à l'incertitude, reflète une préférence pour des risques connus plutôt que pour des risques non connus. Cette notion a été mise en relief par le paradoxe d'Ellsberg, qui constitue l'un des paradoxes de la théorie de l'espérance d'utilité.

¹⁵L'aversion aux pertes se définit comme la tendance des individus à fortement préférer éviter les pertes plutôt qu'acquérir des gains.

de condamnations. En raison de cette asymétrie de comportement, le processus pénal serait entâché par le fait que le procureur puisse exploiter l'aversion à l'ambiguïté des défendeurs pour les forcer à plaider coupable. Ainsi donc, de plus en plus d'analyses portant sur les stratégies de parties impliquées dans un litige tiennent compte d'éléments caractérisant la psychologie de l'individu.

Par ailleurs, en dehors de ces raffinements, certains économistes de même que certains faits concrets viennent remettre en cause les modèles fondés sur des asymétries d'information dans le cadre d'un procès : en effet, tout d'abord, de plus en plus de doutes sont exprimés quant au fait que l'information ne circule pas parfaitement lors d'un litige. Dès les années 1980, Milgrom et Roberts (1986) trouvent que même un preneur de décisions naïf peut obtenir une information complète du moment que les intérêts des parties sont suffisamment opposés et que les preuves peuvent être produites sans coût. Ce résultat théorique est étendu à l'accès coûteux aux preuves par Froeb et Kobayashi (1996). De plus, en pratique, dans la législation américaine par exemple, les parties doivent fournir au juge et à la partie adverse toutes les informations en leur possession et ne peuvent apporter de nouveaux éléments une fois le procès commencé que si elles peuvent prouver que ces éléments n'étaient pas connus avant le début du procès. Ainsi, au moment où le procès débute, les parties et le juge disposent d'une information conséquente voire totale, et il semble vraisemblable qu'aucune des deux parties ne possède d'avantage informationnel sur l'autre.

Dans notre partie théorique, nous avons choisi d'opter pour un cadre prenant en compte la complexité des comportements, en considérant le pessimisme possible des parties grâce au modèle de Yaari (1987).

3.3 Le modèle de Yaari

La théorie duale de Yaari (1987) propose un modèle de choix en univers risqué en modifiant les hypothèses de la théorie de l'utilité espérée dérivée de Von Neumann et Morgenstern. Le modèle de Yaari présente plusieurs avantages par rapport aux modèles d'utilité espérée. D'une part, l'attitude d'un agent vis-à-vis du risque et son comportement vis-à-vis de la richesse ne forment qu'une seule et même entité. En particulier, dans le cadre de l'utilité espérée, l'aversion au risque est synonyme de décroissance de l'utilité marginale de la richesse. La théorie de Yaari sépare ces deux notions en postulant une utilité marginale constante de la richesse et ce, quelle que soit l'attitude de l'agent envers le risque. D'autre part, certains comportements qui se manifestent dans des situations réelles sont difficilement explicables par la théorie de l'utilité espérée, qui se heurte pour cette raison à un certain nombre de paradoxes, tels que le paradoxe d'Allais. La théorie de Yaari permet de rationaliser ces comportements considérés comme paradoxaux. Ainsi, le fait que l'utilité de la richesse soit constante a pour conséquence que l'application d'une transformation affine aux niveaux de paiement de deux paris laisse la préférence entre ceux-ci inchangée, ce qui n'est vrai en utilité espérée que si l'agent est neutre au risque.

Par ailleurs, dans la théorie de Yaari, le désaccord entre deux individus concernant leurs croyances ne s'explique pas par des poids de décisions probabilistes purs. En effet, les croyances des individus représentent leurs préférences, notamment leur attitude à l'égard du risque : à ce titre, elles ne constituent pas des probabilités individuelles mais des vraisemblances subjectives. L'utilisation de cette axiomatique permet ainsi d'insister sur l'incertitude générée par les décisions du tribunal plutôt que sur les asymétries d'informations qui pourraient exister entre les parties.

3.3.1 Cadre général du modèle de Yaari

Soit V l'ensemble des variables aléatoires définies sur un espace de probabilités donné. Pour chaque v appartenant à V , on note la fonction de distribution décumulative (FDD) G_v avec $G_v(t) = Pr\{v > t\}$, $0 \leq t \leq 1$. G_v est décroissante, continue et $G_v(1) = 0$.

La valeur espérée de v est exprimée par $Ev = \int_0^1 G_v(t)dt$ pour tout $v \in V$ ¹⁶. Les valeurs des variables aléatoires dans V étant interprétées comme des paiements, chaque v est interprétable comme une loterie que considérerait un preneur de décisions.

Comme la théorie de l'utilité espérée, la théorie de Yaari est composée de plusieurs axiomes, que nous présentons succinctement :

- Axiome A1 - La neutralité : Soient u et $v \in V$ avec les FDD respectives G_u et G_v . Si $G_u = G_v$, alors $u \sim v$.
- Axiome A2 - Ordre faible complet : La relation de préférence \succsim est réflexive, transitive et connectée.

Soit une famille de fonctions Γ définies par : $\Gamma = G : [0, 1] \rightarrow [0, 1]$ | G est non-croissante, continue et satisfait $G(1) = 0$.

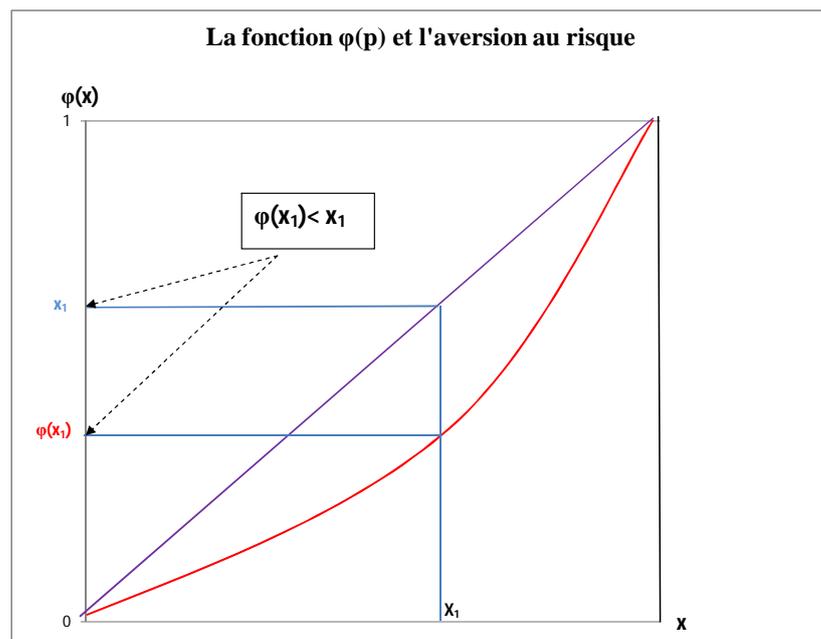
- Axiome A3 - Soient G, G', H, H' appartenant à Γ ; en supposant que $G \succ G'$. Alors il existe un $\epsilon > 0$ tel que $\|G - H\| < \epsilon$ et $\|G' - H'\| < \epsilon$ impliquent $H \succ H'$, où $\| \cdot \|$ est la norme L1, i.e. $\|m\| = \int |m(t)|dt$
- Axiome A4 - Monotonie (par rapport à la dominance stochastique de premier rang) : Si $G_u(t) \geq G_v(t)$ pour tout t , $0 \leq t \leq 1$, alors $G_u \succsim G_v$.
- Axiome A5 - Indépendance : Si G, G' et H appartiennent à Γ et si α est un nombre réel compris entre 0 et 1, alors $G \succsim G'$ implique $\alpha G + (1 - \alpha)H \succsim \alpha G' + (1 - \alpha)H$.

¹⁶Réduire les valeurs de la variable à l'échelle de l'unité signifie que l'on ne considère d'une part aucune loterie qui impliquerait une perte possible supérieure à la richesse totale du preneur de décisions et d'autre part, aucune loterie qui offrirait un prix supérieur à un nombre élevé prédéterminé.

$$\alpha G' + (1 - \alpha)H.$$

3.3.2 L'aversion au risque dans le modèle de Yaari

Dans le modèle d'utilité espérée de Von Neumann et Morgenstern, les préférences sont représentées par une fonction ϕ . Dans la théorie duale, les préférences sont représentées par une fonction f telle que $f = \phi^{-1}$. L'aversion au risque étant caractérisée en utilité espérée par la concavité de la fonction ϕ et cette concavité étant équivalente à la convexité de la fonction ϕ^{-1} , l'aversion au risque est représentée dans la théorie duale par la convexité de la fonction f (voir *Graphique 1*).



Graphique 1 : L'aversion au risque dans la théorie duale de Yaari.

Comme nous l'avons noté précédemment, l'aversion au risque dans ce modèle peut être interprétée de façon intuitive comme du pessimisme. Ainsi, dans le cadre d'une

loterie dans laquelle l'agent économique gagne soit un gain élevé soit un gain faible, l'agent averse au risque va sous-estimer la probabilité de gagner un gain élevé et sur-estimer la probabilité de gagner un gain faible. De façon similaire, dans le cadre d'une loterie avec deux résultats possibles que sont perdre et gagner, l'agent va sur-estimer sa probabilité de perdre et donc logiquement sous-estimer sa probabilité de gagner¹⁷.

Le cadre de Yaari nous semble particulièrement intéressant et utile dans la modélisation d'un litige judiciaire. En effet, il permet, contrairement à une approche purement subjectiviste telle que celle adoptée par les modèles optimistes, de considérer que les parties possèdent une information probabiliste et donc objective sur le jugement du tribunal. A ces probabilités objectives, elles associent leurs propres croyances individuelles, en déformant ces probabilités en fonction de leurs préférences. De plus, la théorie duale nous permet de prendre en compte l'attitude des parties vis-à-vis du risque, ou de façon similaire dans l'approche de Yaari, leur pessimisme.

3.4 Modèle théorique et résultats

Nous considérons un modèle de résolution des litiges dans lequel nous utilisons le cadre théorique de Yaari. Le contexte est celui d'un litige entre un salarié et un employeur : après avoir été licencié, le salarié (dénommé ensuite plaignant) décide de poursuivre son employeur (le défendeur) afin d'obtenir des dommages et intérêts¹⁸.

¹⁷L'approche est ici différente de celle des modèles optimistes : en effet, ceux-ci considèrent que les parties sur-estiment les probabilités réelles de façon subjective, par exemple en considérant que leur probabilité de gagner une loterie est p_2 alors qu'elle est en réalité de p_1 , avec $p_2 > p_1$. Dans l'approche de Yaari en revanche, ce sont les préférences de l'individu (son comportement) qui viennent déformer la probabilité réelle initiale, qui est par ailleurs objective, puisque les parties possèdent une certaine information probabiliste.

¹⁸Cette décision d'entamer des poursuites judiciaires n'est pas analysée par le modèle et est donc considérée de façon exogène : en effet, nous nous focalisons sur le litige une fois que celui-ci est entré dans le système judiciaire puisque c'est sur les incitations des parties au sein de la procédure que nous

Nous supposons que les préférences du salarié satisfont les axiomes de la théorie duale : le salarié est considéré pessimiste, tandis que l'employeur est neutre à l'égard du risque, ou "réaliste" (entendu ici comme ni optimiste, ni pessimiste). Cette hypothèse se justifie par le fait que les salariés sont généralement assez peu familiers du Conseil de prud'hommes, ce qui peut ou bien les rendre relativement frileux à déposer un recours ou bien les amener à être relativement pessimistes sur l'issue d'un procès. En revanche, un employeur, de par le nombre de ses salariés, est logiquement plus habitué aux litiges devant le CPH ; de plus, les grandes entreprises de même que certaines PME disposent d'un service juridique en leur sein, dont les conseils permettent de considérer les litiges de façon aussi réaliste que possible. Par ailleurs, de nombreux juristes soutiennent que le rapport de force qui existe entre le salarié et l'employeur au sein de l'entreprise se retrouve en cas de litige. C'est le cas par exemple concernant la charge de la preuve : dans tout conflit, l'une des deux parties (ou les deux) doit fournir les preuves des accusations qu'elle porte ou bien, selon les règles juridiques en vigueur, prouver que ce qu'on lui reproche n'est pas fondé. Or, dans le cadre d'un conflit entre un employeur et un salarié, les preuves relatives aux conditions de l'exécution du contrat de travail se conservent au sein de l'entreprise qui est dirigée par l'employeur. Dès lors, ce dernier dispose d'un accès privilégié aux preuves relatives à la relation de travail et le déséquilibre initial présidant à la relation de travail se retrouve ainsi lors du contentieux. Comme le notent Jeammaud *et al.* (2000), "la charge de la preuve pèse en principe sur le demandeur c'est-à-dire le plus souvent, devant les prud'hommes, sur le salarié, alors que l'employeur dispose dans l'entreprise de l'essentiel des moyens de preuve". Dès lors, on peut émettre l'hypothèse que ce déséquilibre soit à l'origine d'un certain pessimisme de la part du salarié.

Notre objectif étant non seulement de comprendre les incitations des individus dans un système hiérarchique de résolution des litiges du travail, mais aussi et surtout de comparer deux procédures distinctes (une procédure avec possibilité de conciliation en appel et une procédure sans cette possibilité), nous avons choisi d'évacuer les éléments

souhaitons mettre l'accent et non sur leurs incitations à aller en justice.

rendant complexe la résolution du modèle sans que cela contribue à la comparaison. Ainsi, pour des raisons de simplicité, nous adoptons l'hypothèse d'information complète entre les parties. Cette hypothèse, bien que restrictive, peut être défendue étant donné l'argument précédemment énoncé selon lequel, au moment où débute le procès, de nombreuses informations ont déjà circulé entre les parties ainsi qu'avec le juge (cf supra).

On note $i \in [0, 1]$ le type du plaignant, représentant son degré de pessimisme : plus i est élevé, moins le plaignant est pessimiste. La probabilité que le plaignant gagne un procès est notée p_j , $j \in \{1, 2\}$, avec p_1 la probabilité qu'il gagne le premier procès et p_2 la probabilité qu'il gagne le procès en appel. Il existe une fonction de transformation des probabilités $\varphi(p, i) = \varphi_i(p)$ telle que $\varphi_i : [0, 1] \times [0, 1] \rightarrow [0, 1]$ est continue, croissante en p et unique, avec $\varphi(0) = 0$ et $\varphi(1) = 1$. Si l'on considère les gains possibles et les probabilités associées à un procès comme une loterie $X = (x_1, 1 - p; x_2, p)$ où $x_1 < x_2$ et p représente la probabilité de gagner du plaignant, alors l'utilité espérée d'un plaignant de type i est :

$$E_{\varphi_i}(X) = [1 - \varphi_i(p)] x_1 + \varphi_i(p) x_2$$

Le défendeur est supposé neutre au risque et considère la probabilité réelle ou objective p . À l'inverse, le plaignant est pessimiste (averse au risque au sens de Yaari) ce qui se traduit par :

Hypothèse 1 : $\frac{\partial^2 \varphi_i}{\partial p^2}(p) > 0, \forall p, i \in [0, 1]$. La convexité implique que pour tout $p \in [0, 1]$, $\varphi(p) < p$ et $E\varphi(X) < E(X)$. Ainsi, le plaignant sous-estime la probabilité de gagner et sur-estime la probabilité de perdre le procès.

Hypothèse 2 : $\frac{\partial \varphi_i}{\partial i}(p) > 0$. Cette hypothèse reflète le fait que plus le type est élevé,

moins l'agent est pessimiste.

Nous analysons dans un premier temps la façon dont les litiges sont résolus dans un système classique de résolution des litiges du travail à trois étapes (conciliation, procès, procès en appel), puis dans un système permettant un accord amiable une fois la procédure d'appel lancée, c'est-à-dire un système à quatre étapes (conciliation, procès, conciliation, procès en appel).

3.4.1 La résolution des litiges dans un système à trois étapes

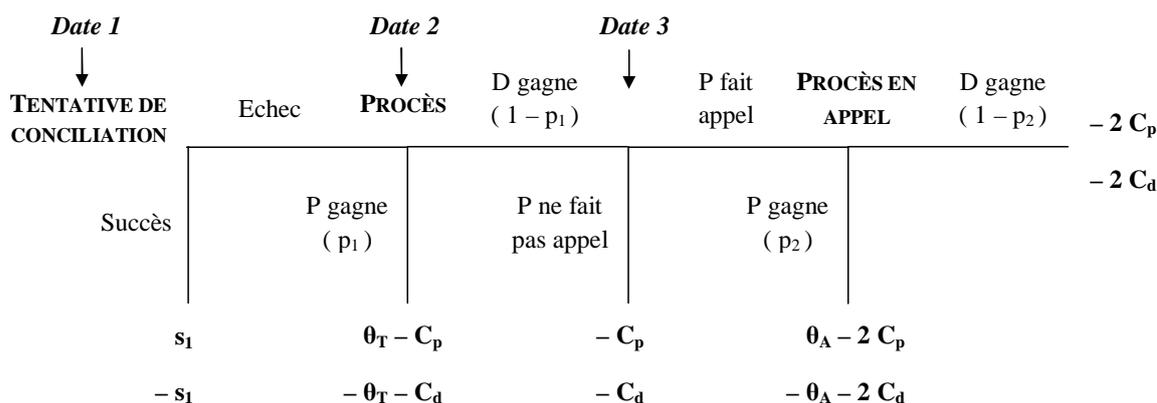
Une fois que la Nature a choisi le type du plaignant et que ce dernier a déposé un recours, la résolution du litige commence. Le jeu est exposé ci-dessous (voir *Graphique 2*). Dans une première étape, les parties tentent de trouver un accord amiable, le défendeur faisant une offre s_1 à prendre ou à laisser au plaignant. Si ce dernier accepte l'offre, le litige est résolu ; sinon, les parties vont en procès. La probabilité de gagner du plaignant, qui est connaissance commune, est p_1 et en cas de victoire, le tribunal lui accorde un montant θ_T que devra lui verser le défendeur. En raison de son pessimisme, le plaignant fait une évaluation subjective de cette probabilité notée $\varphi(p_1)$. Avec une probabilité $(1 - p_1)$, le défendeur gagne le procès ; si cela arrive, le plaignant peut choisir de faire appel du jugement prononcé en première instance. Nous considérons par simplicité et sans perte de généralité d'une part, que seul le plaignant peut faire appel (et le défendeur ne le peut pas) et d'autre part, qu'il le fait seulement s'il a perdu le premier procès¹⁹.

Si le plaignant fait appel, sa probabilité de gagner le procès en appel est p_2 (la

¹⁹En réalité, il est possible qu'un plaignant à qui des indemnités ont été accordées lors du premier procès fasse appel dans le but d'obtenir un montant plus élevé (à condition que ce montant obtenu soit inférieur à sa demande initiale), mais dans la majorité des cas, l'appel vient de la partie ayant perdu le premier procès.

probabilité subjective étant $\varphi(p_2)$) et les dommages accordés sont θ_A , avec θ_A supérieur, inférieur ou égal à θ_T .

Les coûts supportés par les parties sont supposés égaux lors des deux procès, à savoir $C_p > 0$ pour le plaignant et $C_d > 0$ pour le défendeur pour chaque procès²⁰. Nous supposons que les deux procès ont une valeur espérée positive pour le plaignant, c'est-à-dire $E(X^p) > 0$; cela implique qu'un plaignant neutre au risque ou réaliste obtient toujours un dommage net espéré positif s'il décide d'aller en procès (cela ne signifie pas que ce soit le cas pour un plaignant pessimiste). Enfin, nous considérons uniquement des affaires ayant une utilité sociale, c'est-à-dire des affaires dans lesquelles les dommages accordés au procès sont plus élevés que la somme des coûts individuels d'un procès : $\theta_T, \theta_A > C_p + C_d$.



Graphique 2 : La résolution des litiges du travail

Nous résolvons le jeu par induction à rebours.

²⁰Cette hypothèse repose sur le fait que les coûts administratifs sont similaires pour les deux procès ; de plus, nous supposons que la rémunération d'un avocat est la même à chaque étape. Cela n'est pas forcément vrai puisqu'un avocat est obligatoire devant une Cour d'appel et non devant le CPH. Cependant, cette hypothèse permet de simplifier les écritures mais pourrait être relâchée aisément et est faite sans perte de généralité.

Date 3

Le plaignant débouté lors du premier procès décide de faire appel ou non. S'il ne fait pas appel, son gain est $-C_p$ (le coût du premier procès), tandis que s'il fait appel, il devra supporter à nouveau des coûts, en raison du procès en appel, et obtiendra des dommages s'il gagne. Ainsi, en cas d'appel, il se trouve confronté à la loterie suivante :

$$X_A^p = (\theta_A - 2C_p, p_2; -2C_p, 1 - p_2)$$

Le tableau suivant montre le résultat et la probabilité associée de gagner du plaignant, appelée vraisemblance, selon la décision de la Cour d'appel :

Résultat	Vraisemblance
$-2C_p$	$1 - \varphi(p_2)$
$\theta_A - 2C_p$	$\varphi(p_2)$

Après simplification, nous obtenons l'espérance de gain du plaignant :

$$E\varphi_i(X_A^p) = \varphi(p_2)(\theta_A) - 2C_p \quad (3.1)$$

Le plaignant fait appel si son gain espéré est supérieur au montant qu'il obtient en ne faisant pas appel ($E\varphi_i(X_A^p) > -C_p$), *i.e.* si et seulement si $\varphi(p_2) > \frac{C_p}{\theta_A} \forall i$.

Proposition 1 : *Dans un système judiciaire à trois étapes, si $\varphi(p_2) > \frac{C_p}{\theta_A}$, il est toujours souhaitable pour le plaignant débouté de faire appel.*

Cette proposition signifie que faire appel dépend ici de trois paramètres : les coûts de justice supportés en appel, le gain espéré et la probabilité subjective de gagner de

l'appelant (représentant la probabilité objective ainsi que son pessimisme). Par exemple, si le coût de faire appel est négligeable par rapport à l'espérance de gain retiré, alors cela est toujours avantageux de faire appel quelles que soient les chances de gagner. De la même manière, si le plaignant est neutre au risque (*i.e.* si $\varphi(p_2) = 1$), alors il fait appel de façon systématique (puisque l'on a supposé $\theta_A > C_p$). Il faut noter que si les coûts sont négligeables, alors quel que soit le comportement du plaignant (pessimiste ou non) ou le gain espéré, le plaignant fera appel. En résumé, cela vaut la peine de faire appel soit en cas de faible pessimisme, soit en cas de gain espéré élevé et/ou de coûts judiciaires faibles. Tous ces facteurs pourraient expliquer en partie pourquoi le taux d'appel en France est si élevé. En effet, un salarié licencié pour motif personnel ou économique obtient respectivement 2,6 mois et 5,3 mois de salaire ; mais si le salarié va en procès et le remporte, alors il obtient en moyenne 15 mois de salaire (OCDE, 1999). De telles statistiques ne sont pas disponibles concernant les jugements en appel, mais ceux donnés prouvent que les dommages accordés dans les litiges du travail sont en moyenne relativement élevés. Cela pourrait permettre d'en déduire que lorsqu'un plaignant fait appel, il peut s'attendre à obtenir des dommages élevés s'il est le gagnant, ce qui peut être vu comme une sorte de bonus élevé en cas de victoire.

Le plaignant marginal est celui dont le type $i = \hat{i}$ vérifie la relation $\varphi(p_2) > \frac{C_p}{\theta_A}$. Ainsi, tous les types $i > \hat{i}$ font appel tandis que les types $i < \hat{i}$ s'arrêtent après avoir été déboutés lors du premier procès. La phase de l'appel sépare donc les plaignants selon leur degré de pessimisme, les plus pessimistes choisissant de s'arrêter là et les moins pessimistes choisissant d'aller jusqu'au bout du litige.

Pour la résolution théorique, nous allons prendre en compte deux types de plaignants possibles : les plus pessimistes caractérisés par un type \underline{i} ne font pas appel tandis que les moins pessimistes \bar{i} font appel.

Stratégie des plaignants de type \underline{i} :

Date 2

Les plaignants de type \underline{i} obtiennent $\theta_T - C_p$ avec la probabilité p_1 . Ils perdent avec la probabilité $1 - p_1$ et obtiennent $-C_p$. Leur espérance de gain est donc la suivante :

$$E\varphi_i(X_T^p) = \varphi(p_1)\theta_T - C_p$$

Date 1

Dans le cadre d'une offre amiable pré-procès, les plaignants acceptent toute offre $s_1 \geq \varphi(p_1)\theta_T - C_p$. L'offre marginale, définie comme l'offre minimale qu'accepterait un plaignant de type \underline{i} est donc $\widehat{s}_1 = \varphi(p_1)\theta_T - C_p$. Pour déterminer si un accord amiable peut être trouvé, il faut déterminer si la propension à payer du défendeur pour éviter le procès est au moins égale à cette offre marginale.

En cas de procès, la perte espérée du défendeur est :

$$E(-X_T^d) = p_1(\theta_T + C_d) + (1 - p_1)C_d \quad (3.2)$$

$$E(-X_T^d) = p_1\theta_T + C_d \quad (3.3)$$

Le défendeur fait l'offre \widehat{s}_1 si $\widehat{s}_1 \leq E(-X_T^d)$, *i.e.* après simplification si :

$$\varphi(p_1)\theta_T \leq p_1\theta_T + C_p + C_d \quad (3.4)$$

Etant donné, par définition, que $\varphi(p_1) \leq p_1$, cette inégalité est toujours vérifiée. Ainsi, le défendeur, qui connaît le type du plaignant et sait donc quelle est l'offre minimale à lui proposer, va faire l'offre \widehat{s}_1 et le plaignant va l'accepter.

Proposition 2 : *Lorsque le plaignant a un type faible, i.e. est particulièrement pessimiste, il est dans l'intérêt du défendeur de lui faire une offre amiable \widehat{s}_1 égale à $\varphi(p_1)\theta_T - C_p$. Le plaignant accepte cette offre puisqu'elle équivaut à son espérance de gain en cas de procès.*

Stratégie des plaignants de type \bar{i} :

Date 2

Deux cas de figure se présentent. Soit $\theta_T - C_p \geq \varphi(p_2)\theta_A - 2C_p$, soit cette relation est inversée. Le plaignant se trouve face à la loterie suivante :

$$X_T^p = (\varphi(p_2)\theta_A - 2C_p, 1 - p_1; \theta_T - C_p, p_1)$$

Si effectivement $\theta_T - C_p \geq \varphi(p_2)\theta_A - 2C_p$, la matrice des gains est la suivante²¹ :

Résultat	Vraisemblance
$\varphi(p_2)\theta_A - 2C_p$	$1 - \varphi(p_1)$
$\theta_T - C_p$	$\varphi(p_1)$

Ainsi, l'espérance de gain du plaignant est la suivante :

$$E\varphi_i(X_T^p) = [1 - \varphi(p_1)] [\varphi(p_2)\theta_A - 2C_p] + \varphi(p_1)(\theta_T - C_p) \quad (3.5)$$

$$E\varphi_i(X_T^p) = \varphi(p_2)\theta_A + \varphi(p_1)\theta_T - \varphi(p_1)\varphi(p_2)\theta_A + \varphi(p_1)C_p - 2C_p \quad (3.6)$$

²¹Il est aisé de montrer que les résultats obtenus sont exactement similaires dans le cas inverse, i.e. lorsque $\theta_T - C_p \leq \varphi(p_2)\theta_A - 2C_p$.

Date 1

Dans le cadre d'une négociation préalable au procès, le plaignant acceptera toute offre s_1 au moins égale à $E\varphi_i(X_T^p)$. La perte espérée du défendeur étant de $p_1\theta_T + C_d$, il convient de se demander si celui-ci a intérêt ou non à faire une offre au moins égale à l'espérance de gain du plaignant en cas de procès.

Le défendeur choisit de faire une offre s_1 égale à $E\varphi_i(X_T^p)$ si et seulement si :

$$\varphi(p_2)\theta_A + \varphi(p_1)\theta_T - \varphi(p_1)\varphi(p_2)\theta_A + \varphi(p_1)C_p - 2C_p \leq p_1\theta_T + C_d \quad (3.7)$$

$$p_1\theta_T - \varphi(p_1)\theta_T + \varphi(p_1)\varphi(p_2)\theta_A + 2C_p + C_d - \varphi(p_2)\theta_A - \varphi(p_1)C_p \geq 0 \quad (3.8)$$

Le signe de cette condition étant indéterminé, cela signifie que le défendeur n'a pas toujours intérêt à faire une offre amiable. Cette condition est d'autant plus facilement remplie que p_2 est faible, θ_T est élevé, que θ_A est faible et que les coûts des procès pour chaque partie, C_p et C_d sont élevés²². Il semble logique que lorsque les coûts de justice augmentent, il soit plus facile pour les parties de trouver un accord amiable. De même, le plaignant est d'autant moins exigeant dans la négociation que sa probabilité de gagner le procès en appel (p_2) et le gain espéré en appel (θ_A) sont faibles. En revanche, le rôle de la probabilité du plaignant de gagner le premier procès dans la facilité à trouver un accord amiable est plus ambigu.

Proposition 3 : *Lorsque le plaignant a un type élevé, i.e. a un degré de pessimisme modéré, il n'est pas toujours dans l'intérêt du défendeur de lui faire une offre amiable. Si $p_1\theta_T - \varphi(p_1)\theta_T + \varphi(p_1)\varphi(p_2)\theta_A + 2C_p + C_d - \varphi(p_2)\theta_A - \varphi(p_1)C_p \geq 0$, les parties parviennent toujours à trouver un accord. Si cette condition n'est pas remplie, le défendeur ne fait pas d'offre satisfaisante au plaignant et aucun accord n'est donc trouvé.*

²²La statique comparative est insérée en Annexe.

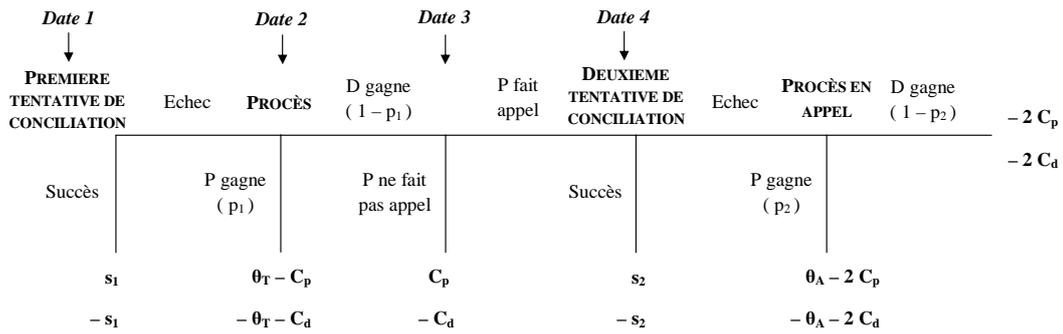
L'élément intéressant ici est que l'on s'aperçoit que les paramètres caractérisant le procès en appel, à savoir la probabilité pour le plaignant de gagner le procès et le montant obtenu s'il le gagne, interviennent dans la négociation du procès de première instance. Ces paramètres conditionnent non seulement la possibilité qu'un accord soit obtenu, mais également l'offre qui sera formulée par le défendeur et acceptée par le plaignant s'il y a accord.

En résumé, un système judiciaire à trois étapes sépare les plaignants selon leur degré de pessimisme, les plus pessimistes trouvant une conciliation de façon systématique et les moins pessimistes pouvant aller jusqu'au procès en appel. Etant donné qu'une partie des litiges, y compris dans notre modèle, se retrouve devant la Cour d'appel, il convient à présent d'analyser ce que l'introduction d'une phase de conciliation lors de cette étape a comme conséquence(s), à la fois au stade de l'appel, mais également dans les étapes antérieures à ce stade.

3.4.2 La résolution des litiges dans un système à quatre étapes

Dans certaines Cours d'appel françaises comme dans certains tribunaux étrangers, une tentative de conciliation ou de médiation a lieu avant le procès en appel. Du point de vue théorique, le schéma diffère du premier par l'ajout d'une étape (voir *Graphique 3*).

La résolution du jeu se fait à nouveau par induction à rebours.



Graphique 3 : La résolution des litiges avec tentative de conciliation en appel

Date 4

L'appelant a le choix entre d'une part, accepter l'offre s_2 et d'autre part, la rejeter et aller en appel. En cas de procès en appel, la loterie à laquelle est confronté le plaignant est la suivante : $X_A^p = (\theta_A - 2C_p, p_2; -2C_p, 1 - p_2)$. Conformément à l'autre système, l'espérance de gain associée à cette loterie est

$$E\varphi_i(X_A^p) = \varphi(p_2)\theta_A - 2C_p \tag{3.9}$$

Dans le cadre d'une tentative de conciliation juste avant le procès en appel, l'appelant acceptera toute offre s_2 au moins égale à $\varphi(p_2)\theta_A - 2C_p$.

En cas de procès en appel, le défendeur verse avec la probabilité p_2 une indemnité au plaignant et paye ses propres frais de justice ; avec la probabilité p_2 , il gagne le procès et ne supporte donc que ses coûts de justice. Sa perte espérée est donc :

$$E(-X_A^d) = p_2(\theta_A + 2C_d) + (1 - p_2)(-2C_d) \quad (3.10)$$

$$E(-X_A^d) = p_2\theta_A + 2C_d \quad (3.11)$$

Une conciliation sera trouvée si le maximum qu'est prêt à offrir le défendeur pour éviter le procès en appel est supérieur au minimum que souhaite recevoir le plaignant pour renoncer à aller en procès. Ainsi, un arrangement peut survenir si et seulement si :

$$p_2\theta_A + 2C_d \geq \varphi(p_2)\theta_A - 2C_p \quad (3.12)$$

$$(p_2 - \varphi(p_2))\theta_A + 2C_d + 2C_p \geq 0 \quad (3.13)$$

Puisque, par définition, $p_2 - \varphi(p_2) \geq 0$, l'inégalité est toujours vérifiée. Ainsi, lors de cette phase de conciliation, le défendeur fait au plaignant l'offre $\hat{s}_2 = \varphi(p_2)\theta_A - 2C_p$ et ce dernier l'accepte.

Proposition 4 : *Lorsqu'une conciliation est possible en appel, celle-ci est un succès : les parties parviennent à trouver un accord de façon systématique.*

Ainsi, selon le modèle, si une phase de conciliation était introduite lors du procès en appel, tout conflit pourrait être résolu par un accord amiable. Ce résultat s'explique par plusieurs facteurs. D'une part, les coûts de justice supportés en appel impliquent que les parties supporteraient doublement des frais judiciaires, c'est-à-dire au moment du premier procès et au moment du procès en appel. Ainsi, l'existence de coûts de justice crée un espace de négociation pour les parties, à l'intérieur duquel un arrangement est mutuellement avantageux. D'autre part, le fait que le plaignant soit pessimiste renforce cet effet : en effet, si le plaignant était réaliste, tout accord serait permis par l'existence de coûts de justice. Mais si le plaignant était optimiste, alors dans certains cas, les parties ne parviendraient pas à trouver un accord en dépit de l'existence de coûts judiciaires.

Ce résultat est intéressant au sens où il donne une justification théorique à un fait stylisé : en effet, bien que le taux de succès de la conciliation en phase d'appel ne soit pas en réalité de 100%, il semble particulièrement élevé dans les Cours d'appel où celle-ci est pratiquée. Cela peut justement provenir du fait que les parties, qui ont déjà subi des frais judiciaires lors d'un premier procès, souhaitent éviter d'en supporter à nouveau lors du deuxième procès dont elles peuvent redouter l'issue, de surcroît si elles sont relativement pessimistes. Ainsi, d'après ce résultat, il serait souhaitable d'instaurer une conciliation dans tout système hiérarchique à deux niveaux de juridiction. En effet, cela permettrait au niveau global une économie de coûts de justice ; par ailleurs, en admettant que les arrangements constituent une solution plus rapide qu'un procès, les litiges seraient résolus plus rapidement et ceux qui iraient malgré tout jusqu'au procès en appel verraient les délais de règlement des litiges raccourcis.

A présent, il convient de déterminer si l'issue de cette phase d'appel a des conséquences *ex ante* lors du premier procès et de la première tentative de conciliation. Après le procès initial, le plaignant débouté décide de faire appel si :

$$\varphi(p_2)\theta_A - 2C_p \geq -C_p \quad (3.14)$$

Etant donné que le montant de l'offre amiable acceptée en deuxième phase est égal au montant du gain attendu par le plaignant en cas de procès, nous obtenons la même condition que dans le cas où aucune conciliation n'est proposée en appel. Ainsi, d'un point de vue théorique, la résolution se fait de la même manière et on aboutit aux mêmes résultats que dans cet autre cas. Le fait qu'une conciliation soit introduite en appel n'a donc pas d'incidence sur la résolution du procès initial : ainsi, dans le cas présent, les plaignants les moins averses au risque vont également jusqu'à l'étape de l'appel, mais le procès n'a en revanche pas lieu puisqu'une conciliation est obtenue juste avant le procès en appel.

3.5 Conclusion

Ce chapitre présente un double objectif : d'une part, il s'agit de comprendre le fonctionnement d'un système judiciaire hiérarchisé et notamment les incitations des parties à trouver une conciliation ou à faire appel d'un jugement prononcé en première instance. D'autre part, l'enjeu est de déterminer quelles sont les implications de l'introduction d'une phase de conciliation en appel. Nous obtenons d'abord les conditions sous lesquelles un plaignant a intérêt à faire appel d'un jugement ; ensuite, nous avons mis en relief plusieurs types de plaignants selon leur degré de pessimisme, en déterminant les conditions sous lesquelles un arrangement peut être obtenu en première instance. Enfin, dans notre analyse, l'introduction d'une possibilité d'arrangement lors du procès en appel aboutit à un taux de réussite de 100%. Ce résultat plaide clairement en faveur d'une généralisation d'une telle procédure qui n'est actuellement pratiquée que dans certains pays et dans certaines Cours d'appel.

Dans notre analyse, chaque étape sépare les plaignants selon leur degré de pessimisme. Les plus pessimistes trouvent un arrangement dès la première conciliation, tandis que les moins pessimistes font appel et trouvent une conciliation ou vont jusqu'au second procès selon la législation en vigueur. Ainsi, une sélection s'opère au fil des étapes : une telle sélection des parties a été mise en relief par Priest et Klein (1984) mais selon eux, celle-ci s'opèrerait sur des critères uniquement économiques ainsi que sur le standard de décision adopté par le système judiciaire. Plus récemment, Cameron et Kornhauser (2005a) ont avancé l'idée d'une sélection des affaires selon la culpabilité ou l'innocence des parties jugées. Notre analyse montre que la sélection des affaires dépendrait également des préférences des parties (du plaignant plus exactement, dans le modèle), notamment de leur degré de pessimisme.

Notre analyse présente cependant certaines limites plus ou moins importantes. Par exemple, certaines hypothèses ont été faites pour des raisons de simplicité : ainsi, nous

supposons que seul le plaignant peut faire appel d'un jugement s'il est débouté. Or, dans le monde réel, le défendeur peut bien entendu faire appel s'il perd lors du premier procès, au même titre que le plaignant. Il pourrait être intéressant d'étendre le modèle au cas où les deux parties peuvent faire appel, ce qui suppose d'envisager plusieurs situations possibles lors du procès en appel, selon l'issue obtenue lors du procès de première instance. Par ailleurs, un plaignant peut en réalité faire appel d'un jugement même si celui-ci est en sa faveur : en effet, s'il a obtenu des dommages et intérêts pour un montant inférieur à celui qu'il avait demandé, alors il a juridiquement le droit de faire appel.

Concernant les extensions possibles, notre analyse s'applique de façon relativement fidèle aux systèmes français et québécois notamment. Cependant, afin de pouvoir l'appliquer également à des systèmes juridiques possédant plus de deux degrés de décision (impliquant plus de deux jugements successifs), nous pourrions envisager un système à trois niveaux de décisions afin de déterminer si cela change les résultats au niveau des décisions des individus en amont du troisième procès.

Enfin, il nous semble que la résolution des litiges par un système judiciaire hiérarchisé, notamment en termes d'incitations pour les parties à trouver un compromis et à faire appel d'une décision, pourraient faire l'objet d'une analyse expérimentale. En effet, il serait intéressant de tester notre modèle théorique au moyen d'une expérience et de déterminer par ce biais si les prédictions théoriques sont vérifiées. Or, dans ce type de problématique, aucune analyse expérimentale n'a été menée à notre connaissance.

Annexes

Nous appelons Y la fonction définie par :

$$p_1\theta_T - \varphi(p_1)\theta_T + \varphi(p_1)\varphi(p_2)\theta_A + 2C_p + C_d - \varphi(p_2)\theta_A - \varphi(p_1)C_p$$

La statique comparative réalisée sur Y donne les résultats suivants :

$$\frac{\partial Y}{\partial \theta_T} = p_1 - \varphi(p_1) \geq 0$$

$$\frac{\partial Y}{\partial \theta_A} = \varphi(p_2) [\varphi(p_1) - 1] \leq 0$$

$$\frac{\partial Y}{\partial C_p} = 2 - \varphi(p_1) \geq 0$$

$$\frac{\partial Y}{\partial p_2} = \varphi'(p_2) [\varphi(p_1) - 1] \theta_A \leq 0$$

$$\frac{\partial Y}{\partial p_1} = \theta_T [1 - \varphi'(p_1)] + \varphi'(p_1) [\varphi(p_2)\theta_A - C_p] \rightarrow \text{signe indéterminé}$$

Chapitre 4

Le rôle de la propension à négocier dans la résolution des litiges

“Compromis : sorte d’ajustement d’intérêts divergents qui consiste à donner à chaque adversaire la satisfaction de penser qu’il a eu ce qu’il ne devait pas obtenir, et qu’il est privé de rien, sinon de ce qui lui était véritablement dû.”

Ambrose Bierce, *Le Dictionnaire du Diable* (1911)

L’une des caractéristiques marquantes de la procédure de conciliation dans le cadre des litiges du travail est qu’il s’agit d’une procédure obligatoire. En effet, l’article R516-13 du Code du travail stipule que “le bureau de conciliation entend les parties en leurs explications et s’efforce de les concilier”. Ainsi, comme cela l’a été évoqué dans le Chapitre 1, préalablement à tout passage devant le bureau de jugement, les parties doivent passer par le bureau de conciliation : l’objectif de cette étape de la résolution du litige est d’amener les parties à trouver un compromis¹. Cette obligation n’est cependant pas propre au Conseil de prud’hommes : en effet, la tentative de conciliation est également

¹Pour une vision plus détaillée de l’intérêt des MARL, voir Deffains et Doriat-Duban (2001) : les MARL sont notamment une solution à l’allongement des délais, à l’encombrement de la justice, etc.

obligatoire devant le Tribunal d'instance (articles 840, 847 et 847-3 du Code civil) ou encore en matière de divorce et de séparation de corps en présence du juge aux affaires familiales (article 252 du Code civil).

Mais si cette obligation de passer par un MARL² est effectivement généralement explicite car précisée dans la législation, elle peut également être parfois implicite, comme c'est le cas pour certains contrats commerciaux ou de travail : par exemple, un salarié peut être sous le coup d'un contrat de travail dans lequel il est stipulé qu'en cas de désaccord, un arbitre ou un médiateur interviendra dans le conflit. Dans ce cas, s'il souhaite obtenir cet emploi, ce travailleur est dans l'obligation de signer le contrat de travail avec toutes les clauses que celui-ci contient. Ainsi, au moment où survient éventuellement un litige, le salarié est contraint de recourir à un MARL même s'il ne le désire pas, puisqu'il est lié par contrat. Pour d'autres types de litiges en revanche, les modes alternatifs de résolution des litiges ne sont pas imposés mais se déroulent au contraire avec la pleine volonté des parties : ainsi par exemple, pour des litiges commerciaux sur internet, des parties en conflit peuvent choisir librement de recourir à un service de médiation, qui a pour objectif de leur éviter de faire appel à un juge³.

Or, ce caractère imposé *versus* volontaire des MARL suscite de nombreux débats sur le plan juridique : certains pays mettant actuellement en place des MARL obligatoires font face à des réticences de la part de nombreux juristes qui voient, dans le caractère obligatoire de la recherche amiable d'un accord, un non-sens.

L'impact du caractère obligatoire ou volontaire de la conciliation, notamment sur le comportement des parties lors de la négociation, n'a pas été analysé dans la littérature

²Parmi les MARL, plusieurs procédures sont à distinguer, dont notamment la conciliation et la médiation. Pour une définition de ces deux notions, voir Chapitre 3, note 3.

³Certains sites internet proposent ainsi un service de médiation en ligne. Pour utiliser ce type de service, les parties doivent remplir certaines conditions : elles doivent notamment être de bonne foi, adhérer à la méthode proposée et montrer une volonté commune d'aboutir à un compromis. Pour plus de détails, consulter <http://www.foruminternet.org/particuliers/mediation/>

économique. En effet, de nombreux auteurs ont étudié l'efficacité de différents modes alternatifs de résolution des litiges, en particulier leur capacité à résoudre un litige donné à faible coût ; ainsi, certains articles théoriques et/ou empiriques comparent différents régimes d'arbitrage (Dickinson, 2004), analysent les différences entre médiation et conciliation (Chappe et Doriat-Duban, 2003). De même, de nombreux articles et ouvrages ont contribué à la théorie de la négociation, avec pour objectif de déterminer quelles variables influencent le résultat d'une négociation, quelles sont les sources du pouvoir de négociation ou encore quelles stratégies adopter afin de maximiser le prix de vente négocié d'un bien (Muthoo, 2004). Cependant, les modèles théoriques considèrent généralement comme première étape de la négociation la première offre faite. Par ailleurs, ceux qui prennent en compte la proposition de négociation faite par l'une des parties à l'autre n'effectuent pas de comparaison avec une situation où cette négociation ne serait pas proposée mais automatique. Ainsi, le caractère obligatoire *versus* facultatif de la recherche d'un accord amiable reste absent de cette littérature qui, dans la plupart des cas, fait référence aux MARL comme des processus volontaires auxquels les parties ont choisi de faire appel librement⁴.

Or, analyser l'impact du caractère contraignant d'une négociation paraît important. En effet, l'obligation de recourir à un MARL (autrement dit, de négocier) pourrait potentiellement avoir certaines conséquences : certains effets stratégiques et/ou psychologiques créés par ce caractère imposé pourraient avoir un impact sur le comportement de négociation et l'issue de cette négociation, par rapport à une situation où la négociation serait souhaitée par les parties. L'objectif de ce chapitre est précisément de déterminer si le fait qu'un MARL, ou plus largement une négociation, soit obligatoire peut produire certains biais au sein de la négociation et empêcher ou alternativement aider les parties à atteindre l'objectif implicite, à savoir trouver un compromis. En d'autres

⁴Ce type de problème a été abordé en économie du droit, mais du point de vue du tiers qui intervient dans la procédure obligatoire ou facultative (par exemple, un arbitre, un conciliateur ou un juge). Le comportement de ce dernier diffère selon les modalités de cette procédure, notamment parce que sa rémunération en dépend. Cependant, le comportement et les motivations des parties ne sont quant à elles pas prises en compte par cette littérature.

termes, il s'agit de déterminer le rôle de la propension à négocier dans la recherche d'un compromis et dans l'obtention d'un accord⁵.

Deux hypothèses s'appuyant sur des arguments différents peuvent être soulevées. La première fait appel à la notion de motivation intrinsèque, définie comme la satisfaction qu'un individu retire de l'accomplissement d'une tâche et qui le conduit à s'engager dans cette activité en l'absence de toute récompense ou menace extérieure (Frey et Jegen, 2001). La *théorie de la motivation intrinsèque* ("motivation crowding theory") suggère que des interventions extérieures telles que des récompenses monétaires, des punitions ou des obligations peuvent ébranler (ou renforcer) la motivation intrinsèque des individus. L'explication de cet effet vient de processus psychologiques qui détériorent l'autodétermination et l'estime de soi des individus : en effet, si un agent est contraint d'agir d'une façon spécifique, sa propre détermination à aller dans le sens de cette action devient inutile ; de même, une intervention extérieure peut avoir pour conséquence de faire ressentir à l'agent que sa motivation ou son implication ne sont pas reconnues, ce qui peut détruire l'estime qu'il a de lui-même. En conséquence de tels effets, les individus réduisent leur effort dans une activité lorsqu'une intervention extérieure contrôle cet effort⁶. De ce point de vue, obliger les individus à passer par un MARL, ou autrement dit, à négocier, pourrait avoir un impact sur leur volonté intrinsèque de trouver un accord et donc produire l'effet inverse de celui attendu par rapport à une situation volontaire, à savoir une hausse du nombre d'accords amiables.

⁵Le fait que la négociation soit obligatoire n'implique pas que la propension à négocier soit faible. Cependant, nous supposons que celle-ci est logiquement moins forte ou, au mieux, se situe au même niveau que la propension à négocier lorsque cette négociation s'établit sur une volonté commune.

⁶Par exemple, dans le cadre de la collecte de fonds par des enfants pour une oeuvre de charité, Gneezy et Rustichini (2000) montrent que les enfants à qui on donne des incitations à la performance récoltent moins d'argent que les autres à qui on ne donne aucune incitation. Cette idée rejoint celle de Titmuss (1970), qui soutient que rémunérer le don du sang affaiblirait les valeurs sociales qui sont associées à cet acte et aurait pour effet une réduction voire une disparition totale de la propension des individus à donner leur sang.

D'un autre côté, rendre la négociation optionnelle pourrait produire un *effet d'ancrage et d'ajustement*, mis en relief notamment par Kahneman et Tversky (1974 ; 1979). L'ancrage se définit comme un biais cognitif décrivant la tendance des individus à se référer, de manière très prononcée, à une caractéristique ou une information précise lorsqu'ils prennent une décision. Comme le notent Kahneman et Tversky (1974) : "Dans de nombreuses situations, les individus font des estimations en partant d'une valeur initiale qui est ajustée pour atteindre la réponse finale. La valeur initiale, ou point de départ, peut être suggérée par la formulation du problème ou peut être le résultat d'un calcul partiel. Dans chaque cas, les ajustements sont typiquement insuffisants. En fait, différents points de départ génèrent différentes estimations, qui sont biaisées par les valeurs initiales. Nous appelons ce phénomène ancrage" (p.1128). Dans le contexte d'une négociation, les individus peuvent être biaisés, dans leur propension à payer ou à recevoir, par une valeur précise (par exemple, la première offre de l'un des deux partenaires). Dans notre cadre plus précis, il est possible que se produise un effet d'ancrage et d'ajustement qui serait le suivant : la négociation entraînant des coûts de transaction, cela a pour conséquence que si les parties ont une certaine dotation initiale à se partager, ces coûts de négociation entraînent une réduction de cette dotation. Cependant, lors de la négociation, chaque partie pourrait conserver comme point de référence cette dotation initiale et se montrer en conséquence trop exigeante dans la négociation par rapport à la dotation restant à se partager (en exigeant, par exemple, la moitié de la dotation initiale à se partager alors qu'une partie de cette dotation n'existe plus). Ainsi, garder cette valeur comme point de référence pourrait empêcher les parties de trouver un accord dans la négociation. Dans ce contexte, l'existence d'un biais d'ancrage et d'ajustement aurait pour effet de réduire les chances d'obtention d'un accord dans le cas où la négociation est proposée aux parties : choisir la négociation représenterait en un sens un coût d'opportunité. Dans le cas où la négociation leur est imposée, cet effet ne s'appliquerait pas puisque les parties, n'ayant pas la possibilité de choisir entre négocier ou non, ne renonceraient pas, en choisissant la première option, à une partie des gains monétaires à partager : dans ce cas, elles ne garderaient pas à l'esprit, lors de la négociation, une valeur de référence antérieure à celle-ci.

La première idée plaide ainsi pour une conciliation volontaire tandis que la seconde irait plutôt dans le sens d'une conciliation obligatoire si l'objectif recherché est l'obtention d'un accord. Si certaines analyses ont eu pour objectif de déterminer la pertinence de ces théories dans plusieurs domaines, comme par exemple les biens publics pour la motivation intrinsèque⁷, aucune analyse n'a été menée dans le cadre de la propension à négocier : mener une recherche dans cette optique permettrait de déterminer si de tels effets existent dans ce cadre précis et lequel l'emporte sur l'autre. L'objectif de ce chapitre, est précisément d'apporter un point de vue économique aux débats juridiques actuels. La méthode utilisée ici est l'expérimentation. L'économie expérimentale consiste "à créer un environnement contrôlé afin de reproduire artificiellement une situation reflétant les conditions de la théorie économique" et permet de "simuler l'abstraction de la théorie dans le cadre aseptisé d'un laboratoire" (Eber, Willinger, 2005, p.4 et 5). Les expériences en économie répondent selon Vernon Smith à plusieurs fonctions, à savoir tester les théories, générer des données et contribuer au *design* institutionnel. La démarche expérimentale présente plusieurs avantages : la décontextualisation qui lui est propre permet en premier lieu d'isoler les facteurs susceptibles de provoquer des phénomènes et de quantifier leur influence propre ; en second lieu, cette méthode offre la possibilité de recréer des situations qui sont en réalité très difficiles à observer de par leur rareté par exemple, ou qui n'existent pas tout simplement. Nous avons choisi d'utiliser la méthode expérimentale pour tester notre question de recherche pour plusieurs raisons : d'une part, une comparaison empirique entre ces deux modalités de résolution de litiges ne peut se faire que pour des systèmes ayant expérimenté les deux types de résolution, ce qui n'est pas le cas du Conseil de prud'hommes par exemple. Par ailleurs, dans les régions ou pays ayant modifié récemment leur législation, nous ne disposons pas de données chiffrées sur les taux de réussite dans la recherche d'un compromis avant et après la réforme. De surcroît, nous souhaitons mettre en lumière l'existence d'éléments psychologiques impossibles à traiter d'un point de vue théorique et que permet de révéler l'expérimentation.

⁷Voir Fischbacher *et al.* (2001) et Galbiati et Vertova (2007).

Afin de mettre en relief les éléments ayant motivé notre question de recherche, nous développons dans une première section les différents arguments juridiques plaidant alternativement en faveur ou en défaveur d'un MARL obligatoire. Ensuite, après avoir exposé le modèle théorique général en Section 4.2, nous présentons le protocole mis en oeuvre dans l'expérience dans la Section 4.3. Nous développons ensuite les prédictions et conjectures basées respectivement sur le modèle théorique et des arguments à la fois économiques et psychologiques (Section 4.4). Enfin, dans la Section 4.5, les résultats de l'expérience sont exposés et confrontés aux prédictions et conjectures théoriques et enfin, la Section 4.6 conclut.

4.1 Arguments et débats juridiques

En France, la conciliation dans le domaine des litiges du travail est obligatoire depuis la création du premier CPH en 1806 : en effet, la conciliation constitue un principe fondamental considéré depuis lors par la jurisprudence comme étant l'essence-même de la juridiction. La recherche d'une solution amiable a cependant été soutenue par le droit bien avant cette date, depuis la mise en place des juges de paix après la Révolution (lois des 10 et 24 août 1790) : l'idée "qu'il n'est de meilleure justice que celle que les parties s'administrent elles-mêmes" est un principe depuis longtemps reconnu en droit (Boyer et Roland, 1992). Par ailleurs, en dehors du dialogue que permet la recherche d'un compromis, un accord amiable présente plusieurs avantages, à savoir participer au désengorgement des tribunaux et réduire les délais et les coûts de justice. Ces arguments expliquent le développement important des MARL depuis les années 1970, que ce soit en Europe ou avant cela, aux Etats-Unis.

Cependant, l'institutionnalisation des MARL dans certains pans du droit, par exemple en France, et notamment l'introduction d'une obligation d'y recourir, exige des justifications supplémentaires. Ainsi, selon certains juristes, l'institutionnalisation des MARL

pourrait d'abord s'expliquer par la volonté d'un plus grand contrôle des litiges par les juges : le fait que ces modes de résolution soient gérés à l'intérieur du système judiciaire plutôt qu'à l'extérieur donnerait de fait un pouvoir plus grand à ce dernier. Par ailleurs, Antoine Cremona rappelle que l'intérêt d'une telle institutionnalisation de la procédure pourrait provenir du manque d'information adéquate et de la réticence des parties à apparaître dans une position de faiblesse en proposant la médiation à l'autre partie. Par conséquent, le fait que cette procédure soit imposée aux parties par la législation leur permet de ce point de vue de ne rien révéler et d'être sur un pied d'égalité⁸.

Ces différents arguments justifient en partie les changements actuels ou passés ayant instauré une conciliation obligatoire, même si l'évolution a pu également se produire dans l'autre sens. Ainsi, par exemple, depuis juin 1978, le Code du travail du Québec n'impose plus la conciliation aux parties, mais leur permet d'y recourir volontairement. À l'inverse, la province canadienne de l'Ontario a rendu la conciliation obligatoire dans le cadre des relations patronales-syndicales avant toute grève ou tout lock-out. De même, dans cette province, un programme de médiation obligatoire est entré en vigueur en 1999 pour les affaires ayant trait aux successions, aux fiducies et aux décisions prises au nom d'autrui (Règle 75.1 des Règles de procédure civile). En 2007, le Tribunal administratif de Québec a rendu la conciliation obligatoire en matière de sécurité du revenu. En Belgique, la tentative de conciliation en matière de location de logements est obligatoire depuis 2002. Cependant, dans ces différentes situations, les changements intervenus n'ont pas été sans réaction, puisque de nombreux juristes et praticiens du droit se sont élevés contre l'imposition d'une telle procédure. Le Mouvement Réformateur en Belgique⁹ estime par exemple qu'une telle obligation a des effets pervers, rendant les procédures plus longues et plus coûteuses et que la conciliation n'a de sens que dans l'hypothèse où toutes les parties au litige sont prêtes à faire des compromis, de manière volontaire. De la même manière, un projet de loi du Québec visant à rendre

⁸Nous reviendrons dans la Section 4.4 sur les mécanismes économiques à l'oeuvre ici.

⁹Le Mouvement Réformateur est un mouvement politique créé en septembre 2002 : il regroupe plusieurs formations à tendance centriste et est fondé sur le principe de démocratie libérale.

obligatoire la médiation préalable en matière familiale a suscité de vives réactions, notamment de la part du Barreau à la Commission parlementaire : parmi les objections ont été évoqués les délais importants occasionnés par une telle procédure, un engorgement des tribunaux et les désagréments causés aux individus qui se voient imposer une obligation de confrontation supplémentaire. Par ailleurs, l'avantage avancé d'une conciliation volontaire par rapport à une conciliation obligatoire est que les parties qui ne souhaitent pas faire d'effort dans la conciliation ne perdent pas inutilement de temps à cause de la négociation, parfois longue et donc coûteuse, en refusant ainsi dès le début toute tentative.

La littérature juridique a également investi cette question. Ingleby (1993) développe plusieurs arguments contre une participation obligatoire à la médiation. D'une part, il estime que la médiation est dépourvue des caractéristiques qui la définissent si les parties n'entrent pas de leur propre gré dans un processus de médiation. D'autre part, selon lui, les arguments en faveur de la médiation obligatoire sont fondés sur des extrapolations de données disponibles uniquement sur la médiation volontaire et donc inapplicables à une telle situation. Smith (1998) développe un argumentaire visant à expliquer pourquoi la médiation volontaire fonctionne et pourquoi la médiation obligatoire pourrait ne pas fonctionner. Selon lui, "les structures narratives sous-jacentes de la médiation se décrivent par l'emploi de théories empruntées à la sémiotique théâtrale. L'imposition de la médiation à des participants peu disposés (à tenter une médiation) nuirait à son efficacité en compromettant ses procédés théâtraux." (p.847). En fait, l'auteur suggère que seul le fait d'accroître le nombre de participants disposés à négocier aurait pour effet que ce processus qu'il juge utile ne soit plus dénigré. En résumé, les juristes s'opposant à un MARL obligatoire évoquent donc comme principale objection le respect de l'essence-même de la conciliation, qui ne devrait arriver selon eux avoir lieu que dans un cadre volontariste. Mais peu d'arguments sont émis concernant l'efficacité objective de la procédure.

Du point de vue de la théorie économique, aucune analyse n'a permis de trancher en

faveur d'un MARL volontaire ou obligatoire. Le modèle exposé dans la section suivante contribue, d'un point de vue théorique, à donner quelques éléments de réponse.

4.2 Modèle théorique général

Nous considérons deux parties, une firme F et un salarié W , en situation de conflit suite au dépôt d'une plainte par l'une des parties devant le tribunal compétent en matière de litiges du travail. Ces parties doivent partager, par la négociation ou par la justice comme nous allons le détailler, un surplus de taille π : à titre d'illustration, la négociation concerne généralement l'indemnité de licenciement que devra verser l'employeur au salarié. On peut considérer le surplus π comme une dotation initiale possédée par la firme-employeur, représentant par exemple le surplus généré par la relation de travail entre les parties. Le salarié dépose devant la justice un recours dans le but d'obtenir une fraction de cette dotation, sous la forme d'une indemnité de licenciement. Deux systèmes possibles de résolution du litige sont envisagés selon la procédure mise en oeuvre par le système judiciaire considéré : un système où la négociation est obligatoire (SO pour *système obligatoire*) et un système où celle-ci est facultative, l'existence d'une tentative de conciliation dépendant de la volonté des parties (SF pour *système facultatif*). Le schéma général de résolution des litiges est le suivant :

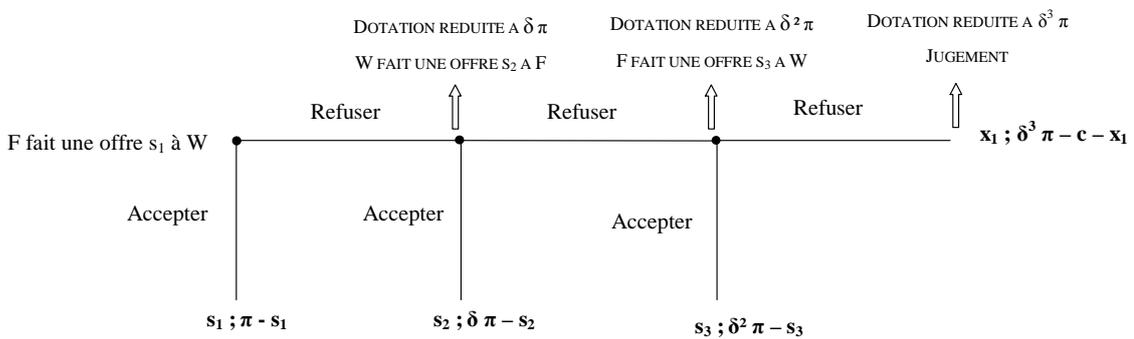


Schéma 1 : Négociation pour le partage d'un surplus de taille π

Dans la première situation (SO), les parties sont obligées de tenter de trouver un compromis. Cela reflète la procédure française de résolution des litiges mise en oeuvre par le CPH dans laquelle la tentative de conciliation est obligatoire. Dans ce système, une négociation est censée s'instaurer. Théoriquement, il s'agit d'un modèle d'offres alternées : chaque partie doit faire alternativement une offre à l'autre partie, qui peut choisir de l'accepter ou la refuser. Si une offre est acceptée, l'affaire se termine par un accord ; si l'offre est rejetée, l'affaire passe en jugement et le juge est alors chargé de trancher le litige. Nous considérons une négociation à trois périodes¹⁰. A chaque période, un facteur d'actualisation δ vient réduire le surplus initial afin de prendre en compte le coût en temps de la négociation. En réalité, lors de la conciliation, les parties ne sont pas seules mais assistées par un juge conciliateur. Celui-ci a cependant un rôle relativement passif puisqu'il a pour tâche d'amener les parties à faire part de leurs revendications et déterminer s'il peut y avoir ou non un accord. A ce titre, d'un point de vue théorique, l'on peut considérer que lors de la négociation, aucun tiers n'intervient et que les parties formulent des offres librement.

Dans une seconde situation (SF), les parties doivent indiquer si elles acceptent de tenter une négociation¹¹. Dans ce cas, le recours à la négociation ne peut qu'être bilatéral : ainsi, si l'une des parties (ou les deux) refuse(nt), l'affaire va directement devant le tribunal et aucun facteur d'actualisation n'est appliqué. Si elles acceptent, alors une négociation s'instaure et ce n'est qu'en cas d'échec de la négociation qu'intervient le jugement ; on se retrouve à cette étape dans une situation similaire en tous points à la première situation (cas SO). Cette situation, reflète, de façon simplifiée, la procédure de conciliation volontaire telle qu'elle est pratiquée dans certains pays ou dans certains pans du droit (voir supra).

¹⁰Cette hypothèse est faite par souci de simplicité. Un modèle de négociation en horizon infini à la Rubinstein (Rubinstein, 1982) aurait été plus réaliste, mais difficile à tester expérimentalement. Un nombre fini de périodes permettra que le mode d'interaction expérimental reflète autant que possible le modèle théorique.

¹¹Dans une situation réelle, cette étape fait intervenir par exemple un médiateur qui propose aux parties de tenter une médiation ; celles-ci peuvent accepter ou décliner cette proposition.

En cas de procès, le juge décide de façon unilatérale quel montant x accorder à l'employeur (avec $x < \pi$). Les parties ne peuvent pas prédire le jugement avec certitude. Cependant, nous supposons que x est une variable aléatoire distribuée selon une loi normale sur l'intervalle $[\underline{x}, \bar{x}]$, tel que $x \sim N(\mu, \sigma^2)$ dont les caractéristiques sont de connaissance commune entre les parties. Cette hypothèse est fondée sur les approches de Ashenfelter et Bloom (1984) et d'Ashenfelter (1987) : en étudiant le comportement des arbitres, ceux-ci ont démontré empiriquement que les arbitres étaient statistiquement interchangeables, de sorte que la fonction $f(z)$ permettrait en théorie la description complète du comportement de l'arbitre et la mécanisation du comportement de l'arbitre pour l'environnement expérimental. Dans notre contexte, nous appréhendons le comportement du juge de façon similaire à celui d'un arbitre. Ces deux fonctions sont en réalité différentes mais nous ne nous intéressons pas, étant donné notre question de recherche, au comportement du juge ou à son impact sur le comportement des parties mais uniquement aux différences engendrées par l'obligation ou non de négocier préalablement au procès. Autrement dit, le comportement du tiers n'a aucun impact dans notre analyse, en termes de comparaison.

Enfin, F et W sont supposés être neutres au risque. Leur fonction d'utilité est linéaire : $U_i(g) = g$ où $i = F, W$ et g représente le gain de la partie i .

Le modèle est résolu pour les deux schémas possibles : dans un premier temps, nous présentons les résultats obtenus dans le cas où la négociation est obligatoire, puis dans un second temps, dans le cas où elle est facultative.

Cas 1 : Négociation Obligatoire (SO)

Le schéma de résolution est identique au schéma général (Schéma 1). F fait une offre s_1 à W , toute offre s représentant la part du surplus conservée par la firme¹². Si W accepte,

¹²Le fait que la firme soit le premier offreur n'est pas une hypothèse triviale, puisque cela lui donne un avantage dans la négociation. Pour preuve, la littérature sur l'ultimatum, celui-ci étant défini comme

un accord est conclu et les gains de la firme et du salarié sont respectivement $(s_1, \pi - s_1)$. S'il refuse, il doit faire une contre-offre s_2 à F , qui choisit à son tour d'accepter ou de refuser cette offre. Si F accepte, les gains sont $(s_2, \delta\pi - s_2)$. A l'inverse, si F refuse, il peut faire une dernière offre s_3 : si cette offre est acceptée, les parties obtiennent respectivement s_3 et $\delta^2\pi - s_3$. Si elle est refusée, une décision judiciaire d'un montant x_1 est prise à un coût c ¹³ supporté par les parties sous la forme d'une réduction du surplus à partager ; F et W obtiennent respectivement $(x_1, \delta^3\pi - c - x_1)$.

Nous déterminons l'équilibre parfait en sous-jeux par induction à rebours.

Date 4 : S'il y a un procès, les utilités espérées des parties sont les suivantes :

$$E(U_f) = \int_{x_1}^{\bar{x}_1} U(x_1)f(x)dx = \int_{x_1}^{\bar{x}_1} x_1f(x)dx = \mu_1$$

$$E(U_w) = \delta^3\pi - c - \mu_1$$

Date 3 : F doit faire une offre s_3 . Pour que W accepte cette offre, il faut nécessairement que le gain qu'il en retire soit supérieur à ce qu'il obtiendrait s'il refusait et s'il y avait procès à la date suivante. En d'autres termes, le salarié acceptera toute offre s_3 telle que :

$$\delta^2\pi - s_3 \geq \delta^3\pi - c - \mu_1$$

$$\iff s_3 \leq (\delta^2 - \delta^3)\pi + c + \mu_1$$

$$\iff s_3 \leq \delta^2\pi(1 - \delta) + c + \mu_1$$

“une négociation dans laquelle l'un des acteurs fait une dernière offre à l'autre et quitte la table des négociations” (Eber, Willinger, 2005, p.96), montre que la solution théorique du jeu est que l'offreur fasse l'offre la plus faible possible et que l'autre joueur l'accepte. Les résultats expérimentaux ont cependant largement nuancé ce résultat en mettant en relief la tendance des joueurs, guidés par une certaine forme d'altruisme, à s'éloigner de la solution théorique (Güth *et al.*, 1982). Cependant, là encore, cela n'altère pas la comparaison entre les deux régimes puisque l'hypothèse est faite indistinctement dans les deux cas.

¹³Ce coût représente les frais de justice tels que les coûts administratifs, la rémunération éventuelle d'experts ou encore les frais d'avocat. On suppose que ce coût réduit le surplus initial.

$\delta^2\pi(1 - \delta) + c + \mu_1$ représente l'offre marginale \hat{s}_3 qu'accepterait W ; toute offre supérieure à \hat{s}_3 serait rejetée par W . A présent, il convient de déterminer si la firme a intérêt ou non à faire une telle offre. S'il y a un procès à la période suivante, la firme obtiendra μ_1 . Donc la firme a intérêt à proposer \hat{s}_3 si $\hat{s}_3 \geq \mu_1$, c'est-à-dire après simplification, si $\delta^2\pi(1 - \delta) + c \geq 0$. Or, cette inégalité est toujours vérifiée. En conséquence, F a toujours intérêt à la date 3 à faire l'offre \hat{s}_3 et W a toujours intérêt à l'accepter.

Date 2 : W doit faire une offre s_2 . F accepte toute offre s_2 au moins égale à ce qu'il obtiendrait à la période suivante. Autrement dit, l'offre marginale \hat{s}_2 telle que toute offre inférieure à celle-ci soit rejetée par F est égale à $\delta^2\pi(1 - \delta) + c + \mu_1$. W a intérêt à faire cette offre si :

$$\begin{aligned} \delta\pi - \hat{s}_2 &\geq \delta^3\pi - c - \mu_1 \\ \iff \delta\pi(1 - \delta + \delta^2) - c - \mu_1 &\geq \delta^3\pi - c - \mu_1 \\ \iff \delta\pi(1 - \delta) &\geq 0 \end{aligned}$$

Puisque $1 - \delta \geq 0$, W a toujours intérêt à faire l'offre \hat{s}_2 . A la date 2, un accord est systématiquement conclu.

Date 1 : En raisonnant comme pour les dates 2 et 3, on obtient le résultat suivant : à la date 1, F fait à W une offre $\hat{s}_1 = \pi(1 - \delta + \delta^2 - \delta^3) + c + \mu_1$. W accepte cette offre et obtient un gain de $\pi - \hat{s}_1 = \pi(\delta - \delta^2 + \delta^3) - c - \mu_1$. Ainsi, toute négociation est résolue dès la première période par un accord amiable.

Proposition 4.1. *Dans un système où la négociation est obligatoire, à l'équilibre parfait en sous-jeux, les parties trouvent toujours un accord et ce, dès la date 1. Les gains d'équilibre pour la firme et le salarié sont respectivement $\pi(1 - \delta + \delta^2 - \delta^3) + c + \mu_1$ et $\pi(\delta - \delta^2 + \delta^3) - c - \mu_1$.*

Il faut noter que cette solution est l'optimum de Pareto puisqu'il n'y a pas de perte de surplus : en effet, celui-ci est réparti en totalité dès la première période entre les parties, la dotation n'est donc réduite ni par le temps, ni par les coûts de justice.

Corollaire 4.1. *Cette solution est optimale au sens de Pareto puisqu'elle n'implique aucune perte de surplus, la dotation initiale étant entièrement partagée entre les parties.*

En réalité, alors que les litiges du travail en France sont soumis à une procédure de type SO, le taux de conciliation est relativement faible, à savoir inférieur à 10%. Les raisons pouvant expliquer l'inefficacité de la méthode de résolution des litiges prud'homaux sont multiples. D'une part, des individus en conflit peuvent ne pas connaître les gains qu'ils peuvent espérer obtenir. D'autre part, même s'ils connaissent le montant approximatif qu'ils peuvent espérer gagner, ils peuvent se montrer optimistes ou, au contraire, pessimistes et nous ne prenons pas en compte dans le modèle ce biais possible des individus. Ce choix a été déterminé par le fait que ces caractéristiques n'étant pas testées dans l'expérimentation, les prendre en compte dans le modèle ne s'avère pas utile. Tester l'optimisme ou le pessimisme des participants aurait été possible mais néanmoins relativement difficile : en effet, ce type de comportement peut être modifié au cours de l'expérience selon les résultats obtenus et tester ce type de comportement *ex ante* peut de ce point de vue être superflu. De même, vérifier cette information *ex post* pose des problèmes similaires puisque chaque individu est influencé par la façon dont il a appréhendé l'expérience et par ce qu'il a gagné lui-même. Pour ces différentes raisons, le modèle théorique ne sert pas tant à refléter la réalité de façon stricte qu'à donner un point d'appui pour la comparaison entre deux systèmes différents.

A présent, il convient de déterminer comment est réglé le litige dans un système où les parties sont libres de négocier ou pas, afin de déterminer si un tel système présente des similitudes et/ou des différences avec le précédent.

Cas 2 : Négociation Facultative (SF)

La représentation de cette situation est présentée ci-dessous (Schéma 2). Une tierce partie (neutre) propose aux parties en conflit de négocier¹⁴ : elles ont toutes deux le choix d'accepter ou de refuser et font ce choix simultanément. Si les deux acceptent, alors la négociation se déroule de la même façon que dans le cas 1. Si au moins l'une des deux refuse, il y a aussitôt un procès et le juge accorde un montant x_2 à la firme. Ainsi, l'accord des deux parties est nécessaire pour qu'une négociation s'instaure.

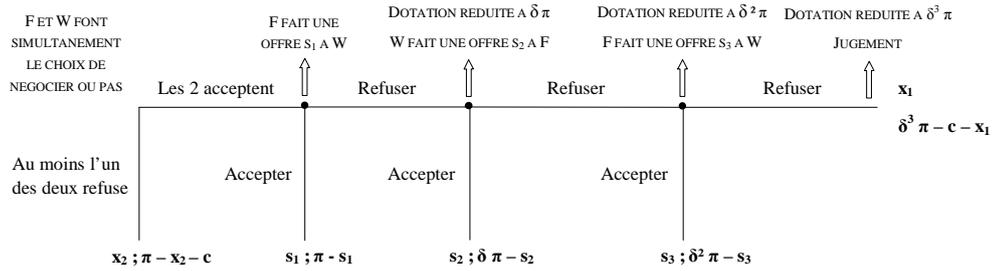


Schéma 2 : Négociation dans le cas d'une négociation facultative

Avant la négociation éventuelle, les parties doivent décider si elles acceptent de négocier. Le jugement apporte à F et à W une espérance de gain respective de $(\mu_2, \pi - c - \mu_2)$.

Dans ces conditions, F choisit de négocier plutôt que d'aller en procès si

$$\pi(1 - \delta + \delta^2 - \delta^3) + c + \mu_1 \geq \mu_2$$

W préfère quant à lui négocier si

$$\pi(\delta - \delta^2 + \delta^3) - c - \mu_1 \geq \pi - c - \mu_2$$

$$\iff \pi(1 - \delta + \delta^2 - \delta^3) + \mu_1 \leq \mu_2$$

¹⁴Cette hypothèse permet d'éviter l'effet de signal que peut générer le fait de donner son accord pour une négociation avant son adversaire (Holler et Lindner, 2004).

Il existe donc un intervalle de négociation défini par $[\pi(1 - \delta + \delta^2 - \delta^3) + \mu_1; \pi(1 - \delta + \delta^2 - \delta^3) + c + \mu_1]$ à l'intérieur duquel les parties ont intérêt à trouver un accord. Le fait que cet intervalle soit positif s'explique par l'économie des frais de justice que permet la négociation, la rendant avantageuse pour les deux parties à condition que $c > 0$. Si μ_2 est compris dans cet intervalle, alors les parties font toutes les deux le choix de négocier et la négociation se déroule comme dans le système SO. En revanche, en dehors de cet intervalle, les parties font des choix divergents : en-dessous de cet intervalle, le salarié choisit le procès tandis que la firme préfère négocier, et inversement si l'on se situe au-dessus de cet intervalle.

Par ailleurs, si les parties font toutes deux le choix de négocier, la négociation se déroule de la même façon que dans le traitement SO, avec un accord trouvé dès la première période.

Proposition 4.2. *Si la négociation est facultative, les parties font toutes les deux le choix de négocier si le montant attribué à la firme en cas de procès immédiat est compris dans l'intervalle de négociation $[\pi(1 - \delta + \delta^2 - \delta^3) + \mu_1; \pi(1 - \delta + \delta^2 - \delta^3) + c + \mu_1]$; le résultat de la négociation est alors le même que dans le cas 1. En dehors de cet intervalle, aucune négociation ne s'instaure.*

D'un point de vue théorique, le fait que l'on se situe dans un système de type SO ou SF n'est pas neutre : en effet, les résultats diffèrent puisque dans le cas 1, un accord à la négociation est systématiquement trouvé (donc pour 100% des litiges) tandis que dans le cas 2, une négociation ne va pas s'instaurer de façon systématique, ayant pour effet un taux d'accord pouvant être inférieur à 100%.

La validité de ces résultats doit être appréciée dans le cadre d'expériences en laboratoire fondées sur ce modèle théorique.

4.3 Le protocole expérimental

La méthode expérimentale consiste à “créer, dans le laboratoire, un environnement microéconomique contrôlé, où une mesure précise des variables pertinentes est garantie”¹⁵. Comme le note Villeval (2007), Smith (1982) a mis en relief trois fonctions de cette méthode : celle-ci permet de tester la théorie, de générer des données impossibles à recueillir sur le terrain et enfin, de contribuer au *design* institutionnel en répondant à certaines questions de politiques publiques concernant par exemple le marché des permis à polluer¹⁶.

Cette méthode est particulièrement adaptée à notre question de recherche : en effet, puisque les principaux facteurs mis en avant à travers les effets que nous souhaitons tester sont d’ordre psychologique, ceux-ci sont par définition relativement difficiles à appréhender au moyen de la théorie économique. Par ailleurs, les données relatives à cette question ne sont pas aisément consultables, voire même sont inexistantes, et il n’est pas facile de les collecter : en effet, afin de pouvoir effectuer des comparaisons entre ces deux procédures, il faudrait disposer de données similaires, par exemple au sein d’un même pays ou d’un même système judiciaire, sur ces deux procédures. La procédure française où la négociation est obligatoire pourrait fournir des données utiles ; cependant, la deuxième procédure n’étant pas mise en oeuvre, nous ne pourrions pas disposer de données sur cette deuxième situation. Enfin, l’expérimentation présente l’avantage d’éliminer de nombreux biais propres aux données réelles : en particulier, les expériences menées sont valables pour tout type de conflit, pour tout type de négociation. Or, les litiges du travail constituent le point de départ de notre réflexion mais la question de la pertinence de l’obligation de négocier pourrait se poser pour d’autres types de conflits, comme nous l’avons souligné précédemment.

¹⁵Wilde (1980), *in* The Philosophy of Economics, cité par Smith (1982).

¹⁶Une quatrième fonction possible est de fournir un outil pédagogique novateur qui permet aux étudiants de découvrir par eux-mêmes des notions économiques fondamentales de façon plus abordable que par certains outils mathématiques (Villeval, 2007).

4.3.1 Les traitements expérimentaux

Pour déterminer s'il existe des différences entre une négociation choisie et une négociation imposée concernant à la fois le comportement de négociation et l'issue du litige, deux traitements ont été réalisés : l'un où les individus n'ont pas d'autre choix que de négocier (traitement SO pour Négociation Obligatoire) et l'autre où les individus ont le choix entre négocier et demander que le partage soit immédiatement réalisé, sans négociation préalable (traitement SF pour Négociation Facultative).

Dans le premier traitement (SO), les sujets doivent négocier sur le partage d'une somme de 500 points dont la valeur diminue à chaque période tant qu'aucun accord n'est scellé, cette diminution matérialisant la perte de temps et donc de gain due à la négociation. Le facteur d'actualisation choisi est de 0,95 et matérialise ainsi une perte de 5% du surplus par période¹⁷ : la dotation est réduite à 475 en début de deuxième période, 450 en début de troisième période. La négociation dure trois périodes, conformément au modèle théorique. Un nombre réduit de périodes permet de limiter la durée de l'expérience, qui ne doit pas être trop élevée : en effet, d'une part, une expérience plus longue présenterait un coût financier supérieur et d'autre part, l'attention des sujets risquerait de décroître. Si, au bout de trois périodes, aucun accord n'a été trouvé, la dotation est à nouveau réduite de 5%, la portant à 430. L'ordinateur détermine alors de manière aléatoire la part allouée à chacun des deux individus sur la dotation restante à laquelle est également retranché le coût de la décision par l'ordinateur de 30, représentant les frais judiciaires : l'ordinateur partage donc une dotation de 400¹⁸. La

¹⁷La valeur du taux d'actualisation a été choisie de manière relativement arbitraire, mais avec le souci de n'être ni trop faible pour ne pas être inefficace, ni trop élevée pour ne pas inciter de manière excessive à trouver un accord dès la première étape, ce qui aurait pour effet de trop orienter la période de l'accord.

¹⁸Les valeurs de la dotation à chaque période ont été arrondies : en effet, elles devraient être en réalité de 475, 451,2 et 428,7. Nous avons choisi de prendre l'arrondi le plus proche pour éviter que les joueurs ne soient perturbés par des valeurs qu'ils pourraient juger étonnantes.

détermination du partage par l'ordinateur se fait suivant une loi normale¹⁹. Par ailleurs, nous avons délibérément opté pour une moyenne du tirage aléatoire, non pas de 200 mais de 250, dotation que recevrait en moyenne l'individu qui fait l'offre le premier (individu A) : les sujets ont tous préalablement pris connaissance des 100 dernières valeurs tirées par l'ordinateur dans les mêmes circonstances²⁰. Une moyenne biaisée est utilisée, suivant Ashenfelter *et al.* (1992), afin d'éviter un simple partage 50-50 et d'inciter les individus à négocier véritablement sans tomber de façon systématique dans un partage mécanique 50-50. En effet, le risque d'une allocation centrée sur la moyenne est que les individus se partagent systématiquement la dotation de 500 de façon égalitaire dès la première période. Cette moyenne décalée avantage bien entendu l'individu A par rapport à l'individu B, mais le protocole étant identique entre les deux traitements, cela n'a pas d'incidence sur la comparaison entre ceux-ci.

Dans le second traitement (SF), il est demandé aux sujets dans une première étape d'indiquer s'ils souhaitent ou non négocier : s'ils le souhaitent tous les deux, alors le traitement se déroule ensuite exactement de la même façon que le traitement SO. En revanche, si au moins l'un des deux sujets ne le souhaite pas, alors il n'y a aucune négociation et l'ordinateur détermine immédiatement les gains de chacun sur un montant total de 470 points, qui correspond à la dotation initiale de laquelle ont été ôtés les 30 points représentant les coûts de justice. Aucun facteur d'actualisation ne s'applique dans ce cas, dans la mesure où le temps de négociation est nul. De la même manière que précédemment, la moyenne n'est pas à 235 mais à 290 (en respectant le même rapport entre la dotation à partager et le gain espéré du joueur A, qui est égal à 1,6 dans les deux cas, *i.e.* 400/250 et 470/290).

¹⁹Le choix de la loi normale se justifie de la même façon que dans Ashenfelter *et al.* (1992), voir *supra*.

²⁰Les tables utilisées pour l'expérience sont générées selon une loi normale : pour une somme à partager de 470, la moyenne utilisée est de 290 et l'écart-type de 30 et pour une somme de 400, la moyenne est de 250 et l'écart-type de 25. Les tables utilisées pour l'expérience sont présentées dans l'Annexe A.

4.3.2 Le déroulement de l'expérience

Six sessions expérimentales ont été réalisées au LEES (Laboratoire d'Economie Expérimentale de Strasbourg). Elles ont eu lieu en novembre 2007 et ont réuni un total de 120 participants (60 participants par traitement), constitués d'étudiants issus de disciplines variées (telles que lettres, sciences humaines, gestion, sciences, etc.). Ces étudiants ont été répartis de façon aléatoire pour chaque traitement en 6 groupes de 10 sujets. Chaque session comporte 20 étudiants, répartis en 2 groupes de 10 sujets : chaque groupe comprend 5 sujets désignés en début de session et de manière aléatoire comme sujets de type A et 5 sujets de type B ; chaque sujet conserve son rôle jusqu'à la fin de l'expérience. Une session comprend 20 périodes de négociation et les paires de sujets sont refaites aléatoirement à chaque nouvelle période afin que deux individus ne puissent pas se rencontrer deux fois de suite au cours d'une session (protocole de type *quasi-stranger*). Ceci permet de respecter le cadre statique du modèle : en effet, éviter que deux individus se rencontrent deux fois de suite permet de réduire les effets de réputation qui deviendraient possibles dans un cadre dynamique²¹.

A leur arrivée, les participants sont regroupés dans une salle : les instructions leur sont distribuées sur papier et l'expérimentaliste les lit à haute voix. Ils ne connaissent pas encore leur rôle à ce moment précis et ne sont donc pas influencés dans leur compréhension du jeu par le rôle qu'ils auront à tenir. Les participants procèdent ensuite au tirage au sort leur indiquant l'ordinateur qui leur est attribué et le rôle qu'ils endossent (participant A ou participant B). Toutes les décisions sont prises *via* l'ordinateur et les participants n'ont accès à aucune information qui leur permettrait de savoir avec qui ils interagissent à chaque période, les sujets étant isolés et ne pouvant communiquer entre eux. Avant le commencement du jeu, les participants doivent répondre sur l'ordinateur à un questionnaire pré-expérimental, l'objectif étant de s'assurer que les instructions

²¹Un protocole *partner* est un protocole dans lequel les paires de sujets sont les mêmes à chaque période : les sujets se trouvent dans ce cas dans une situation d'interaction répétée, ce qui peut avoir pour conséquence de faire émerger d'autres équilibres.

ont été parfaitement comprises et assimilées. Si certaines erreurs ont été commises par un joueur, l'expérimentaliste se rend auprès de lui afin de lui expliquer oralement les points qu'il n'a pas correctement compris. Le jeu démarre une fois que ce questionnaire a été corrigé pour tous les participants ayant commis une ou plusieurs erreur(s).

Les participants ne participent chacun qu'à l'un des deux traitements (SO ou SF), et n'ont pas connaissance de l'existence d'un autre traitement. Les instructions lues aux participants²² éliminent toute référence au contexte de litiges du travail, afin d'éviter d'éventuels effets de contexte social.

A la fin de l'expérience, les gains sont versés aux participants de façon privée. Ils sont calculés à partir du nombre de points accumulés durant les 20 périodes de l'expérience : parmi ces 20 périodes, deux sont tirées au hasard et la somme des points de ces deux périodes est convertie en somme d'argent, selon le taux de conversion de 0,4 euros pour 10 points. Cela équivaut à une somme maximale à partager de 20 euros par période.

4.4 Prédiction et conjectures théoriques

4.4.1 Prédiction théorique

Le modèle théorique présenté en Section 4.2 permet de formuler certaines prédictions. En effet, en remplaçant les différents paramètres par les valeurs utilisées dans l'expérience et exposées dans le protocole (Section 4.3), il est possible de déduire certaines prédictions théoriques concernant les résultats de chaque traitement expérimental. La dotation à partager dans l'expérience est de 500, le coût de justice est de 30 et le facteur d'actualisation est de 0,95.

²²Ces instructions sont présentées en Annexe B.

Par ailleurs, dans chaque traitement, dans le cas où la justice intervient après la négociation, la somme à se partager est de 400 et le gain espéré de la firme est fixé à une moyenne de 250.

Dans le traitement SF, si la justice intervient avant toute négociation, le partage est réalisé sur un montant de 470 (équivalent à la dotation initiale à laquelle ont été ôtés les frais judiciaires); l'espérance de gain de la firme est de 290.

Si l'on remplace ces paramètres dans les résultats théoriques trouvés pour chaque système, cela donne les valeurs suivantes :

Cas SO : La firme fait à la date 1 une offre $\hat{s}_1 = 500(1 - 0,95 + 0,95^2 - 0,95^3) + 30 + 250$ soit 327. Le salarié accepte cette offre et obtient un gain de $500 - \hat{s}_1$ soit 173.

Cas SF : L'espérance de gain de la firme μ_2 est de 290. L'intervalle de négociation est le suivant : $[297; 327]$. μ_2 se situant en-dessous de l'intervalle de négociation, le salarié fait le choix d'aller en procès tandis que la firme choisit de négocier. Puisque l'un des deux refuse de négocier, aucune négociation ne s'instaure et le juge détermine immédiatement le gain attribué à chacun.

Nous obtenons ainsi plusieurs prédictions théoriques, que permet de tester l'expérience menée :

Prédiction 1 : Dans le système NO, le taux d'accord est de 100% et ce, dès la date 1. L'offre faite par la firme (joueur A), d'un montant de 327, est acceptée par le salarié (joueur B), qui obtient un gain de 173.

Prédiction 2 : Dans le système NF, le taux d'accord est de 0, le salarié (joueur B) faisant le choix d'aller directement en procès sans passer par la négociation.

Au regard de ces prédictions, le système NO semble préférable au système NF puisque la répartition du surplus est optimale (sans perte) et le taux d'accord y est plus que supérieur.

Ces prédictions théoriques, qui plaident très nettement en faveur d'un système par rapport à l'autre, peuvent cependant être discutées ; en effet, la littérature issue notamment de la psychologie économique ou de l'économie comportementale fournissent des éléments qui s'éloignent des résultats théoriques.

4.4.2 Conjectures psychologiques

Plusieurs théories faisant appel à des notions proches de la psychologie peuvent s'appliquer à notre question de recherche. Elles permettent à la fois d'enrichir la réflexion et de nuancer les résultats théoriques obtenus.

a) La théorie de la motivation intrinsèque

De nombreux articles théoriques et empiriques ont mis en relief l'existence d'un effet d'éviction (*crowding-out effect*) des incitations sur la motivation des individus. Deux types de motivation peuvent être distingués : la motivation extrinsèque, dans laquelle les incitations viennent de l'extérieur et la motivation intrinsèque qui est inhérente à l'individu. Selon Deci (1971), un individu "est dit intrinsèquement motivé pour accomplir une tâche s'il ne reçoit aucune récompense apparente en dehors de la tâche elle-même" (p.105). La théorie de la motivation intrinsèque s'intéresse aux effets d'éviction que des interventions extérieures peuvent avoir sur cette motivation : en effet, des récompenses monétaires ou des punitions peuvent saper la motivation intrinsèque des agents, les conduisant à réduire leur propension initiale à fournir un effort en vue d'accomplir une certaine tâche. Le premier à avoir mis en relief la possible existence

d'un tel effet est Titmuss (1970) : celui-ci estimait en effet que rémunérer le don du sang aurait pour effet d'en réduire la valeur sociale et aurait ainsi un effet négatif sur la propension à donner son sang. Comme le soulignent Frey et Jegen (2001), deux processus psychologiques peuvent expliquer un tel phénomène. Premièrement, des interventions extérieures peuvent détériorer l'auto-détermination : "lorsque les individus perçoivent une intervention extérieure comme réduisant leur auto-détermination, le contrôle extrinsèque se substitue à la motivation intrinsèque" (p.594). Le contrôle exercé initialement par l'individu est à présent fait par son environnement extérieur. Deuxièmement, l'estime de soi peut également pâtir de ces incitations : en effet, "lorsqu'une intervention extérieure véhicule l'idée que la motivation de l'agent n'est pas reconnue, sa motivation intrinsèque est effectivement détruite. L'individu sent que son implication et sa compétence ne sont pas appréciées, ce qui les dévalorise. [...] En conséquence, les individus réduisent leur effort" (p.594). Frey et Jegen (2001) soutiennent que la motivation intrinsèque peut être minée par des interventions extérieures si les agents les perçoivent comme contraignantes : dans ce cas, leur estime propre et leur auto-détermination en souffrent, ce qui a pour effet de réduire leur motivation intrinsèque à remplir la tâche. Cette théorie s'applique à de nombreuses situations possibles. Ainsi, par exemple, Szrek et Baron (2007) étudient au moyen d'expériences sur internet la propension à payer pour l'achat de polices d'assurances. Ils montrent que les individus seraient prêts à payer davantage pour une police d'assurance hypothétique lorsqu'ils ont la possibilité de choisir entre plusieurs options que lorsqu'une seule police leur est offerte. Avoir le choix entre deux options (l'une dominant l'autre) accroît donc la valeur de l'alternative préférée au-delà de l'information que fournit la seconde alternative. Szrek et Baron (2007) suggèrent que les souscriptions à des assurances pourraient être accrues si elles étaient présentées comme des choix. D'un point de vue global, ils estiment que ces résultats ont des implications politiques : en effet, lorsque l'adhésion à des programmes publics est faible et le bénéfice de ces programmes élevé, il peut être intéressant de motiver les individus à y adhérer en modelant la décision d'adhésion comme un choix.

Cette théorie semble transposable à notre question de recherche. Dans le contexte

d'un conflit entre deux parties, les individus peuvent avoir le désir de trouver un compromis ; ainsi, ils peuvent avoir une motivation intrinsèque à tenter de trouver un compromis et donc à faire des efforts en ce sens pour y parvenir. Mais leur imposer de tenter une négociation peut détériorer leur auto-détermination et leur estime propre et mener à un effet d'éviction ; en conséquence, les individus qui auraient peut-être fait des concessions, en acceptant la tentative de négociation d'abord et au sein-même de la négociation ensuite, pourraient réduire leur effort à trouver un accord si cette tentative devenait une obligation. Ainsi, si les individus avaient le choix entre négocier et ne pas négocier, ils valoriseraient potentiellement davantage le fait de pouvoir négocier. Leur propension à payer au sein de la négociation pourrait ainsi être plus élevée et les inciter à faire davantage de concessions.

Dans cette perspective, alors que la conciliation est obligatoire afin d'amener un maximum de parties à trouver un accord, il serait possible que les parties qui auraient trouvé un compromis en ayant opté pour une négociation ne trouvent pas de compromis lorsque cette négociation leur est imposée. De plus, on peut s'attendre à ce que les offres soient plus agressives lorsque la négociation est obligatoire.

Conjecture 1 *Dans un régime où la négociation est facultative, on peut s'attendre à ce que le taux d'accord, défini comme le rapport entre le nombre d'accords et le nombre de négociations, soit supérieur au taux d'accord obtenu dans un régime où la négociation est imposée.*

b) L'effet d'ajustement et d'ancrage

Kahneman et Tversky (1974) ont les premiers mis en relief l'existence d'un effet d'ancrage et d'ajustement ("*anchoring and adjustment effect*"). Leur expérience consistait à demander à des individus de deviner le pourcentage de nations africaines membres de l'Organisation des Nations Unies. Dans un premier temps, la question était

de déterminer si cette proportion était supérieure ou inférieure à un certain pourcentage, puis dans un second temps d'évaluer cette proportion en donnant un nombre précis. Les individus à qui on avait demandé s'il y avait plus ou moins de 45% de nations ont donné par la suite des réponses inférieures à ceux à qui on avait donné comme repère 65%. Cet effet est d'ailleurs bien connu dans la pratique de la négociation et fait suggérer aux experts que les participants à une négociation devraient toujours commencer par des offres extrêmes afin de signaler leur exigence à la partie adverse (Galinsky, 2004).

Lors d'une négociation avant un procès, le temps consacré aux échanges représente un certain coût, qui réduit la dotation à partager entre les parties²³. En conséquence, ce que chacun pouvait espérer gagner est également réduit par rapport à une situation où les individus ne négocieraient pas. Or, il est possible que lors de la négociation, chacun prenne comme point de référence ce qu'il aurait pu espérer obtenir pendant le procès et se montrer par conséquent plus exigeant pendant la négociation. Sachant à quoi il renonce, chacun peut refuser de faire des concessions pendant la négociation en prenant comme point d'ancrage la même dotation augmentée des coûts de négociation (mais en tenant compte des coûts de procès). Dans une telle situation, il est envisageable qu'un effet d'ancrage et d'ajustement se produise dans le cadre d'un MARL. Ceci va dans une direction opposée à la première conjecture.

Conjecture 2 *Dans un régime où la négociation est facultative, on peut s'attendre à ce que les parties soient plus exigeantes que dans un régime où la négociation est imposée, réduisant ainsi le taux d'accord obtenu.*

²³Du point de vue théorique, en économie, cet élément est pris en compte grâce à l'introduction d'un facteur d'escompte.

4.4.3 Contournement de l'obligation et offres extrêmes

Tandis que certains plaident en faveur d'un régime de conciliation obligatoire et d'autres, pour un régime facultatif, Gertner et Miller (1995) estiment qu'un mécanisme obligatoire de résolution des litiges est relativement superficiel : en effet, puisqu'il n'y a aucune obligation de résultat, les parties sont libres de formuler des offres extrêmes²⁴. Par exemple, en demandant à obtenir la totalité du surplus à se partager, les parties contournent l'obligation de tenter une négociation amiable en ruinant toute chance de réussite. Cette idée s'applique de façon directe au cas de la résolution des litiges du travail. Dans un cas où la conciliation est obligatoire, les parties n'ont pas le choix de négocier ou non ; ainsi, on peut supposer que certains agents auxquels ce mécanisme est imposé ne l'auraient pas accepté s'ils avaient eu le choix. Dans le but de contourner cette obligation, ceux qui auraient refusé de négocier peuvent faire le choix de formuler des offres extrêmes et montrer ainsi leur désapprobation par rapport à cette procédure.

Conjecture 3 *Dans le cas où la négociation est obligatoire, on peut s'attendre à ce que davantage d'offres extrêmes soient formulées que dans le cas où la négociation est facultative et en conséquence, à ce que le taux d'accord soit plus faible.*

Par ailleurs, plusieurs articles théoriques s'intéressent à la question du signal que peut fournir le fait d'accepter ou de rejeter une tentative de MARL. Bien que cette théorie ne fasse pas l'objet d'une prédiction qui serait testée dans l'expérience, les questionnements qu'elle soulève présentent un intérêt pour notre question de recherche

²⁴Cette idée ne s'appuie pas sur un résultat théorique. Gertner et Miller analysent un mode de résolution des litiges appelé *settlement escrows* (détaillée dans le paragraphe suivant), et posent ensuite la question de l'obligation ou de la liberté de recourir à un tel mécanisme. Leur réponse à cette question est fondée sur un raisonnement succinct et non sur une analyse théorique approfondie.

puisqu'elles y apportent une vision différente. Gertner et Miller (1995) étudient un mode particulier de résolution des litiges, les *settlement escrows*, dont la procédure est la suivante : deux parties en conflit font des offres monétaires auprès d'une tierce partie. Si les offres concordent, le tribunal impose un jugement dont le montant est la moyenne des offres ; sinon, les offres sont gardées secrètes. Après avoir développé un modèle théorique montrant une certaine efficacité de ce mécanisme par rapport à une négociation classique avant procès, notamment du point de vue du délai pour obtenir un accord, ces auteurs s'interrogent sur la mise en oeuvre d'un tel mécanisme : en particulier, ils souhaitent déterminer si un tel mécanisme devrait être imposé ou s'il serait préférable que les parties puissent y recourir de façon volontaire. Leur analyse plaide pour un recours obligatoire à cette procédure : selon eux, "les négociations entre des parties sur l'utilisation ou pas d'une telle procédure peuvent elles-mêmes avoir un effet de signal. Le résultat peut être une sous-utilisation inefficace des *settlement escrows*. [...] Si une partie suggère un *settlement escrow*, son adversaire peut inférer de cette suggestion que le cas du proposant, au sens juridique du terme, est faible. En conséquence, souvent, aucune partie ne suggèrera un *settlement escrow*, malgré le fait que chacune aurait une satisfaction plus grande si on le lui imposait." (p.118-119). Cette conclusion fait écho au point de vue de Schelling (1960) étudiant la notion de concession : "Si quelqu'un atteint le point où la concession est souhaitable, il doit reconnaître deux effets : cela le rapproche de la position de son adversaire, et cela affecte l'estimation de sa fermeté par son adversaire. Les concessions peuvent non seulement être interprétées comme une capitulation, faire paraître un engagement comme une fraude mais également rendre l'adversaire sceptique à toute nouvelle prétention d'engagement." (p.34).

Les différentes prédictions et conjectures exposées sont testées au moyen de l'expérience ; les résultats sont présentés dans la section qui vient.

4.5 Résultats expérimentaux

Dans les questionnaires pré-expérimentaux, à la question “A partir de quelle répétition (sur l’ensemble de l’expérience) vous êtes-vous senti(e) à l’aise avec les règles du jeu?”, les participants ont répondu en moyenne à la 4ème période. Ainsi, pour cette raison et afin d’éviter les effets dus à la lenteur éventuelle du processus d’apprentissage, nous avons choisi de réaliser des statistiques et tests uniquement sur les 15 dernières périodes, en prenant donc en compte toutes les périodes à partir de la 6ème période.

Les éléments dont l’analyse pourra permettre de confirmer ou d’infirmer les hypothèses concernent essentiellement le taux d’accord, les offres faites par chaque joueur et le degré d’exigence des répondants à chaque offre.

4.5.1 Statistiques générales

Peu d’individus choisissent de négocier dans le traitement SF. En effet, une large majorité semble préférer ne perdre qu’une petite partie du surplus (cette perte provenant des coûts de justice) et obtenir directement un gain incertain *via* la décision de l’ordinateur, plutôt que de risquer une perte de surplus plus importante en raison du temps consacré à la négociation. En effet, au total dans ce traitement, seuls 31,56% des couples appariés à chaque période négocient. Cela s’explique quasiment uniquement par le comportement des joueurs A qui choisissent de ne pas négocier dans 66,22% des cas, alors que les joueurs B choisissent de ne pas négocier dans seulement 6,44% des cas. Ceci est contraire à la prédiction théorique concernant le traitement SF (*hypothèse 2*) : en effet, alors que la théorie prédisait que le salarié, ici le joueur B, choisirait toujours d’aller en procès, tandis que la firme, le joueur A, choisirait de négocier, il semble que la situation soit inversée par rapport à cette prédiction puisque les joueurs B souhaitent presque toujours négocier, tandis que les joueurs A se montrent plus réticents. Cela

peut s'expliquer par le fait que la décision exogène, prise par l'ordinateur concernant la répartition de la dotation, est particulièrement défavorable aux joueurs de type B en terme d'allocation ; en conséquence, ceux-ci espèrent tirer un avantage, ou obtenir un "moindre mal", en choisissant de négocier. Les joueurs de type A, en revanche, sont relativement avantagés par l'attribution exogène des gains : pour cette raison, choisir directement cette solution peut apparaître comme une bonne stratégie, même si cette solution est relativement aléatoire (d'après le tableau qu'ils peuvent visualiser, ils obtiennent un gain compris entre 235 et 371 sur une dotation de 470) et s'ils pourraient également espérer obtenir un gain satisfaisant grâce à la négociation (comme le prédit le modèle théorique).

4.5.2 Le taux d'accord

	SO	SF
<i>Tous participants confondus :</i>		
Taux d'accord global	82,44%	22,44%
<i>Parmi ceux ayant négocié :</i>		
Taux d'accord global	82,44%	71,13%
Taux d'accord à la 1ère période	58,67%	49,30%
Taux d'accord à la 2e période	12,44%	9,86%
Taux d'accord à la 3e période	11,33%	11,97%

Tableau 1 : Taux d'accord global et par période dans chaque traitement²⁵

²⁵Le taux d'accord global tous participants confondus représente le nombre de couples ayant trouvé un accord rapporté au nombre total de couples dans chaque traitement, comprenant à la fois ceux ayant négocié et ceux n'ayant pas négocié.

Si l'on considère l'ensemble des observations du traitement SF (c'est-à-dire comprenant tous les individus, y compris ceux ayant choisi de ne pas négocier), le taux d'accord est très faible et s'élève à 22,44%. Cependant, cela a peu d'intérêt pour notre analyse : en effet, on ne peut pas en inférer d'information sur une situation réelle puisque ce résultat est guidé par des valeurs fictives. En revanche, afin de pouvoir comparer correctement les deux traitements, il convient de considérer pour le traitement SF uniquement les individus ayant négocié afin de comparer des conditions identiques. Ainsi, si l'on considère le traitement SF une fois éliminée l'étape à laquelle chaque individu choisit l'option de négocier ou non, alors l'étape suivante est en tous points identiques au traitement SO, la seule différence se situant dans le nombre d'individus dans chaque traitement, et donc de façon logique, dans le nombre d'observations.

Dans le traitement SO, le taux d'accord global sur les 6 groupes est de 82,44%. Dans le traitement SF, le taux d'accord global parmi les couples ayant négocié est de 71,13%. Cette différence entre les deux traitements est significative selon le test de Wilcoxon-Mann-Whitney (WMW) ($W_X = 30, p < 0,0898$). Cette différence provient essentiellement de la 1ère période, lors de laquelle environ 58% des couples SO trouvent un accord, contre seulement 49% des couples SF. Notons dès à présent que ce premier résultat ne confirme pas la prédiction théorique selon laquelle le taux d'accord devrait être de 100% dans le traitement où les individus sont obligés de faire des offres : cependant, ce taux d'accord est loin d'être faible, que ce soit de façon globale (puisqu'il dépasse les 80%) ou à la première période lors de laquelle une majorité d'individus (près de 60%) trouvent un accord. Par ailleurs, ce résultat va plutôt dans le sens de la *conjecture 2*, puisque le taux d'accord est plus élevé dans le système de négociation obligatoire que dans un système de négociation facultative, comme le stipule la deuxième partie de cette conjecture. Ainsi, ce résultat va à l'encontre, dans ce cadre précis, de la théorie de la motivation intrinsèque (*conjecture 1*) : selon ce résultat, dans le cas d'une négociation, il semblerait préférable d'imposer aux parties de recourir à un mode alternatif de résolution des litiges si l'objectif recherché est d'amener un maximum d'individus à

trouver un accord par eux-mêmes²⁶.

Pour expliquer cette relative faiblesse du taux d'accord dans un traitement par rapport à l'autre, il est nécessaire de déterminer les différences de comportement des participants entre les deux traitements. En particulier, il faut analyser si les offres faites par les individus sont similaires dans chaque traitement ou bien relativement éloignées afin de prendre en compte le comportement d'offre des individus, puis d'analyser les réponses données par les individus à une offre donnée.

4.5.3 Les offres proposées

Afin de déterminer si les individus se comportent de façon différente selon leur rôle (joueur A et joueur B) et selon le traitement, il convient de déterminer les caractéristiques de tendance centrale de ces offres avant d'en analyser la structure de manière plus approfondie.

a) Caractéristiques de tendance centrale

Etant donné que le taux d'accord est différent entre les deux traitements, il apparaît nécessaire d'expliquer d'où provient cette différence et notamment, de déterminer si les offres à chaque période (donc 3 offres au total) sont différentes d'un traitement à l'autre (voir Tableau 2). Dans les deux traitements, la première offre est proche de 285 en moyenne pour une dotation à partager de 500, ce qui est plus faible que l'offre

²⁶Dans le cadre du système judiciaire, il faut cependant garder à l'esprit qu'une partie plus ou moins importante des individus va choisir de ne pas négocier. Cette proportion, relativement élevée dans notre cadre, dépend bien entendu de divers éléments, comme par exemple l'aversion au risque. Nous ne nous intéressons pas à cette proportion, puisque l'objectif n'est pas de comparer des taux d'accord globaux, mais les taux d'accord des individus qui négocient.

prédite par le modèle théorique qui est de 327 (faite par le joueur A et acceptée par le joueur B). Ceci pourrait s'expliquer par une certaine aversion au risque du joueur A qui n'est pas prise en compte dans le modèle et qui ferait craindre à celui-ci qu'une offre de 327 soit rejetée par le joueur B car élevée. La seconde offre est d'environ 240 pour une dotation à partager de 470 et la dernière, de 270 pour une dotation à partager de 450. Il est relativement logique que la seconde soit relativement plus faible que les deux autres : d'une part, elle est plus faible que la première parce que la dotation à partager est plus faible et d'autre part, la deuxième offre est faite par le joueur B, en position dominée dans la négociation, qui obtient le reste de la dotation. Ainsi, il ne semble pas anormal que celui-ci propose une somme plus faible que ce que le joueur A demande à obtenir.

	1ère offre (faite par A)		2ème offre (faite par B)		3ème offre faite par A	
	[0-500]		[0-475]		[0-450]	
Traitement	SO	SF	SO	SF	SO	SF
Moyenne	285,26	287,40	238,64	238,28	271,07	274,57
Médiane	275	290	238	240	270	260
Mode	275	300	240	240	250	250
Minimum	200	250	1	175	225	230
Maximum	500	360	435	265	450	450

Tableau 2 : Offres faites à chaque période

La première offre, faite par le joueur A, est en moyenne de 285,26 dans le traitement SO et de 287,4 dans le traitement SF : elle est donc légèrement supérieure dans ce second traitement, mais cette différence n'est cependant pas significative ($W_X = 36, p < 0,3496$). Ainsi, en moyenne, les offres sont identiques dans les deux traitements.

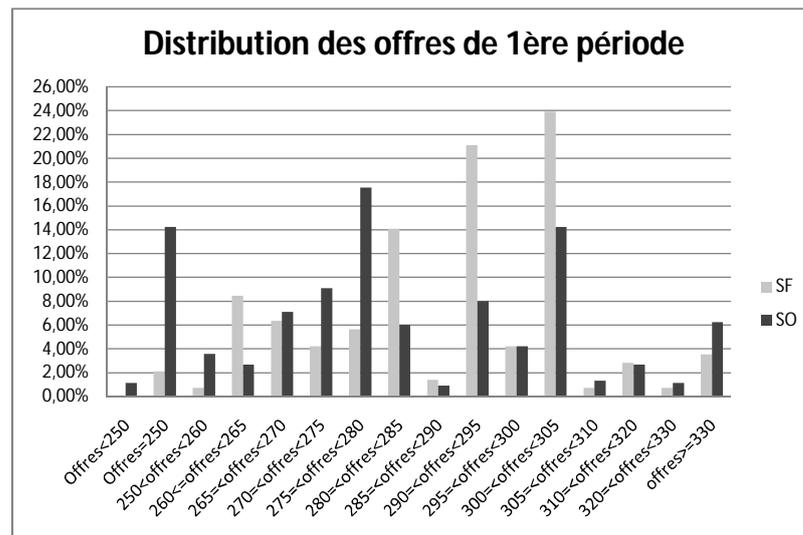
Cependant, si l'on considère les autres caractéristiques de tendance centrale, une différence assez nette apparaît entre les deux traitements. Ainsi, la médiane est de 275 dans le traitement SO et de 290 dans le traitement SF et cette différence apparaît significative ($W_X = 30, p < 0,0898$). De même, le mode est de 275 dans le traitement SO et de 300 dans le traitement SF : le test de WMW démontre que cette différence est fortement significative ($W_X = 26, p < 0,0206$). Ainsi, tant concernant la médiane que le mode, on obtient dans le traitement SF des valeurs bien supérieures au traitement SO. Ceci est cohérent avec le résultat précédemment obtenu concernant le taux d'accord : en effet, c'est dans le traitement où la 1ère offre est la plus élevée que le taux d'accord est le plus faible. Les offres sont ainsi plus agressives dans le traitement SF que dans le traitement SO, ce qui confirmerait la *conjecture 2* sur le biais d'ancrage : les joueurs A qui font le choix de négocier semblent garder comme point de référence l'option extérieure qui n'est pourtant plus disponible puisqu'ils y ont renoncé. En fait, il apparaît que choisir la négociation ici ne montre pas le désir de faire des concessions, mais le désir d'obtenir au moins autant en termes de gains que par une détermination exogène des paiements.

Pour la 2ème comme pour la 3ème offre, les moyennes, les modes et les médianes sont très similaires entre les deux traitements. Il n'y a aucune différence significative à ce niveau-là. On en conclut donc que la différence dans le taux d'accord ne peut s'expliquer que par rapport à la première période de négociation, ou bien par les réponses aux offres des différentes périodes. Le biais d'ancrage, s'il apparaît bien réel, semble cependant momentané puisqu'il s'estompe une fois la première période passée : ainsi, on peut se demander si ce biais et ses effets pourraient être annulés avec un nombre de périodes élevé. Il pourrait être intéressant d'analyser par exemple si le biais d'ancrage implique à long terme une convergence vers l'équilibre qui serait obtenu en l'absence de ce biais, ou bien si la convergence n'est jamais réellement atteinte.

Après avoir étudié les caractéristiques de tendance centrale des offres, il convient d'analyser la structure de ces offres de façon plus précise.

b) Structure des offres dans chaque traitement

Les histogrammes des fréquences rangées par classe montrent que les distributions concernant la 1ère offre sont différentes dans les deux traitements (Graphique 1).



Graphique 1

Cette différence est confirmée par un test de Kolmogorov-Smirnov (KS), avec un seuil de significativité de 1%. Les offres de SF sont relativement plus concentrées que pour SO.

Dans le traitement SF, les offreurs A sont relativement exigeants (au sens où les offres sont éloignées de ce que serait une offre équitable) : à titre d'illustration, il y a un pourcentage important d'offres comprises entre 290 et 305 dans ce traitement (49,3%), contre seulement 26,44% dans le traitement SO. D'un autre côté, si l'on considère les offres comprises entre 250 et 280, la proportion est de 25,35% dans le traitement SF et de 40% dans le traitement SO.

Concernant les offres “très agressives”²⁷, le traitement SO contient davantage d’offres extrêmes que le traitement SF. Ainsi, le pourcentage d’offres supérieures ou égales à 330 est de 6,22% pour SO contre 3,52% pour SF. Cette différence peut s’expliquer par la présence, dans le traitement SO, d’individus qui ne souhaitaient pas négocier. Cette observation semble confirmer la *conjecture 3* selon laquelle lorsque l’on force les individus à négocier, ils prennent en un sens le contrepied de cette obligation en formulant des offres extrêmes de manière à empêcher l’émergence d’un accord. Il serait ainsi possible que dans le traitement SO, les individus ne souhaitant pas réellement faire un effort dans la négociation s’en affranchissent en émettant des offres extrêmes. D’ailleurs, l’offre maximale dans le traitement SF est de 360 alors que 4% des offres du traitement SO sont au moins égales à 400.

Cependant, paradoxalement, davantage de joueurs dans le traitement SO tiennent compte d’une certaine *équité* entre les joueurs : ainsi, dans ce traitement, il y a un pourcentage important d’offres très équitables puisque 14% des offres sont égales à 250 alors qu’il y en a seulement 2% dans le traitement SF. Cette différence pourrait s’expliquer par une *aversion pour l’inégalité* plus forte de la part des individus du traitement SO. Un individu est dit aversé à l’inégalité lorsque sa satisfaction augmente avec ses propres gains, mais diminue lorsque les inégalités entre les joueurs s’accroissent (Fehr et Schmidt, 1999 ; Bolton et Ockenfels, 2000). Ainsi, un tel individu n’aime pas avoir moins que les autres, mais n’aime pas non plus que les autres aient beaucoup moins que lui. Ce type de préférence peut conduire à des comportements altruistes et équitables. Dans notre contexte, cette explication semble satisfaisante dans la mesure où une certaine aversion pour l’inégalité pourrait être à l’origine des nombreuses offres équitables faites dans le traitement SO²⁸.

²⁷Nous caractérisons ici une offre comme très agressive dès lors qu’elle est supérieure à l’offre prédite par le modèle théorique, qui est de 327. En effet, étant donné l’espérance de gain et la dotation à partager, une telle offre paraît particulièrement agressive.

²⁸Il convient de noter que dans ce traitement, ce type de comportement provient essentiellement de quatre individus identifiés, mais nous ne pouvons pas déterminer avec assurance si le comportement

Les distributions des 2èmes offres ne sont pas significativement différentes d'un traitement à l'autre (test de KS) : en effet, il n'y a pas de supériorité claire d'un traitement sur l'autre en comparant les fréquences. Cependant, on peut noter que le nombre d'offres élevées (supérieures ou égales à 260) est bien plus élevé dans le traitement SO que dans le traitement SF (12,9% contre 2,78%), ce qui reflète une proportion plus importante d'offres très généreuses de la part des joueurs B dans le traitement SO. Cela s'explique par l'adaptation des joueurs B aux offres faites par leur partenaire en 1ère période : en effet, ces offres élevées répondent toutes à des offres relativement agressives, dont la moyenne est de 341 en première période. Ces offres agressives ont donc constitué une stratégie relativement gagnante dans ces cas précis puisque les répondants ont pris en compte en deuxième phase de négociation l'exigence de leur adversaire durant la première phase. Par ailleurs, le fait que les individus fassent davantage d'offres généreuses dans le traitement SO que dans le traitement SF peut montrer un certain désir de revanche (voire de vengeance) de la part des joueurs B du traitement SF : en effet, confrontés de façon répétée à des offres relativement agressives en moyenne alors qu'ils étaient probablement satisfaits que leur partenaire accepte de négocier, les joueurs B peuvent vouloir montrer leur déception en ne voulant pas faire de compromis outre mesure.

Enfin, les offres de 3e période dans le traitement SF ne sont, là encore, pas différentes de celles du traitement SO. Il semble donc que les différences de valeurs entre les deux traitements proviennent essentiellement de la 1ère période de négociation.

Par ailleurs, notons que concernant la rapidité pour trouver un accord (voir Tableau 3), le test de WMW révèle qu'il n'y a pas de différence significative entre les deux traitements de ces individus est lié au traitement en lui-même ou bien si ces individus se seraient comportés de la même façon quel que soit le traitement.

tements.

Traitement	SO	SF
1ère période	71,16%	69,31%
2e période	15,09%	13,86%
3e période	13,75%	16,83%

Tableau 3 : Proportions d'accords à chaque période parmi les couples ayant négocié

En résumé, l'analyse des distributions des offres faites à chaque période montre des différences entre les traitements, notamment concernant la 1ère offre. Le fait que la première offre soit plus élevée dans SF que dans SO, au regard du mode et de la médiane, montre que les joueurs en position de force (du fait de leur avantage au premier joueur et de leur espérance de gain plus élevée en cas d'échec de la négociation) seraient relativement plus exigeants dans le traitement SF. Cela pourrait s'expliquer par le biais d'ancrage et d'ajustement précédemment évoqué (*conjecture 2*) : en effet, les joueurs qui choisissent de négocier renoncent à une espérance de gain de 290 (contre 250 à l'issue de la négociation en cas d'échec de celle-ci). En conséquence, il apparaît que si les individus font le choix de négocier, ils souhaitent cependant retirer un bénéfice supérieur de la négociation puisqu'ils savent à quoi ils ont renoncé. Renoncer à un partage immédiat fait perdre en cas d'échec de la négociation 40 à l'individu A (son espérance de gain est dans le premier cas de 250 en cas de jugement, contre 290 dans le cas d'un jugement immédiat). Or, l'on observe que le différentiel de ce qui est demandé dans SF par rapport à SO n'est pas si éloigné du différentiel de l'option extérieure eu égard à la comparaison des modes et médianes (*biais d'ajustement*) : en effet, la médiane de la 1ère offre est de 15 points inférieure dans le traitement SO par rapport au traitement SF, et le mode, de 25 points inférieur. De plus, le fait qu'il y ait dans

le traitement SF peu voire pas d'offres soit équitables, soit très agressives, prouve que les joueurs A de ce traitement sont guidés par ce qu'ils estimaient pouvoir gagner s'ils n'avaient pas négocié et qu'ils prennent comme point de référence (*biais d'ancrage*). Ce résultat est intéressant puisqu'il va à l'encontre de la théorie économique : le modèle théorique prédit qu'aucune négociation ne s'instaure dans le cas SF. Cependant, il prédit également que dans le cas où les individus négocient dans ce traitement, les agents se comportent de la même façon que dans le traitement SO : or, ce n'est pas vérifié ici. Ce résultat privilégie davantage la théorie psychologique, puisqu'il est cohérent avec l'existence d'un biais d'ancrage et d'ajustement.

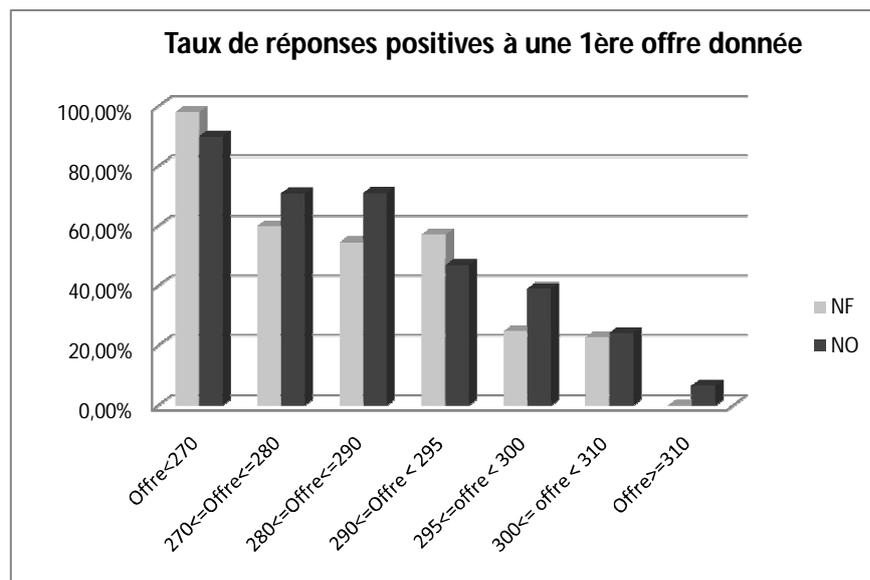
S'il apparaît que le comportement des individus diffère concernant les offres émises, il convient également de déterminer si des différences existent dans les réponses données à ces offres.

4.5.4 Les réponses aux offres proposées

Après avoir étudié la structure des offres et avoir déterminé en quoi elles différaient d'un traitement à l'autre, il est important d'analyser également les réponses des individus à une offre donnée. En particulier, dans la recherche d'une explication à des taux d'accord donnés, il est important de déterminer si de tels taux viennent uniquement des offres faites ou bien de l'exigence relative des répondants à une offre donnée.

Concernant les offres de la première période, on ne distingue pas dans les réponses des joueurs une direction particulière montrant une plus ou moins grande exigence dans l'un ou l'autre des traitements. En effet, le graphique 2 montre que le taux de réponses positives à une offre donnée n'est pas plus élevé ou plus faible pour un traitement que pour l'autre, ce qui est confirmé par un test de Kolmogorov-Smirnov. Néanmoins, on peut tout de même noter que pour des offres particulièrement élevées, c'est-à-dire

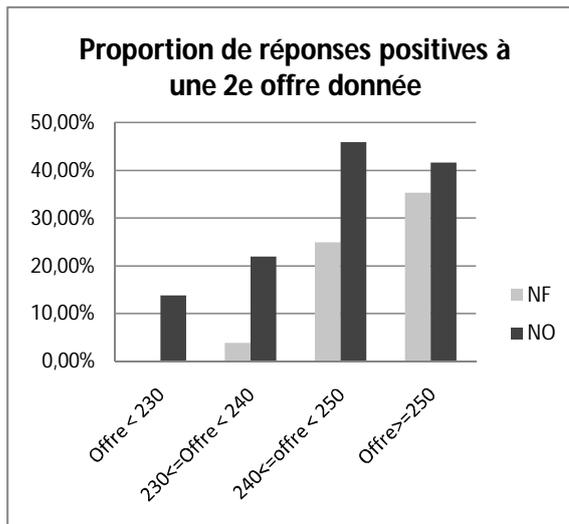
celles supérieures à 295, le taux de réponses positives est toujours plus élevé dans le traitement SO que dans le traitement SF. L'explication à ce phénomène peut provenir du même type de réaction que pour la 2e offre : en effet, une certaine déception dans la négociation, peut pousser les joueurs B du traitement SF à ne pas accepter de faire trop de compromis, peut-être en raison d'une satisfaction de pouvoir négocier entâchée par des offres agressives.



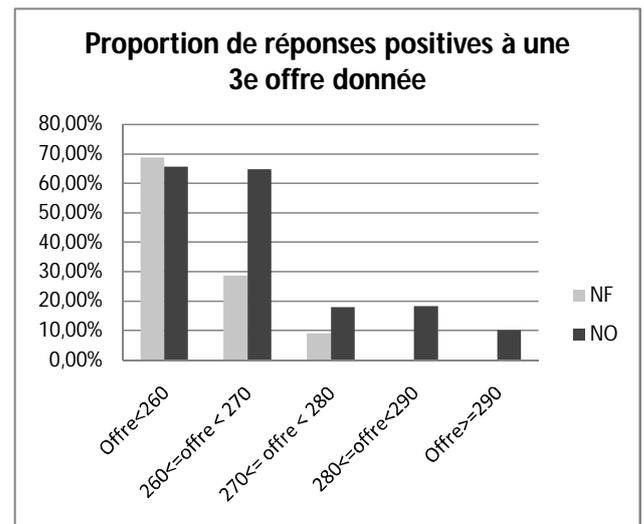
Graphique 2

En revanche, les offres de la deuxième période (Graphique 3), faites par le joueur B et acceptées ou refusées par le joueur en position dominante A, bénéficient de réponses différentes selon le traitement. En effet, pour toutes les fourchettes d'offres, les réponses sont moins fréquemment positives dans le traitement SF que dans le traitement SO : autrement dit, les joueurs A sont, dans le traitement SF, non seulement plus agressifs dans la première offre qu'ils font, mais également plus exigeants dans leurs réponses à la deuxième offre.

Enfin, pour la troisième offre (Graphique 4), les réponses à une offre donnée sont plus fréquemment positives pour SO que pour SF pour toutes les fourchettes d'offres supérieures ou égales à 260. Comme pour la première offre, une fois un certain seuil dépassé, les joueurs B sont plus exigeants dans le traitement SF que dans le traitement SO.



Graphique 3



Graphique 4

Globalement, nous montrons que les répondants B ne sont pas plus exigeants dans le traitement SF que dans le traitement SO, sauf pour des offres particulièrement agressives de la part des joueurs A. Ainsi, la relative faiblesse du taux d'accord du traitement SF par rapport au traitement SO provient essentiellement de l'agressivité des joueurs en position dominante, et non de la réaction des offreurs en position dominée. Ce résultat semble confirmer l'existence d'un biais d'ancrage qui toucherait uniquement les joueurs A et non pas les joueurs B. En fait, deux phénomènes semblent être concomitants d'après les résultats obtenus : d'une part, les joueurs A qui choisissent de négocier ont tendance à conserver comme point de référence ce qu'ils auraient pu obtenir s'ils avaient choisi de ne pas négocier. Ce point de référence les rend plus exigeants et donc plus agressifs dans la négociation que dans le traitement SO. D'autre part, les joueurs B ne

réagissent pas réellement différemment selon le traitement : on aurait pu imaginer qu'ils soient plus conciliants en raison d'un effet positif qui s'expliquerait par leur motivation intrinsèque, ou bien qu'ils soient au contraire plus agressifs en raison d'une certaine déception provoquée par une négociation dans laquelle ils avaient fondé un certain espoir. Ces deux phénomènes ne sont pas vérifiés de façon significative ici, même si le second semble jouer un rôle concernant les offres particulièrement élevées que les joueurs B ont plus tendance à refuser dans le traitement SF que dans le traitement SO. Il est cependant également possible que ces deux mécanismes soient à l'oeuvre, ce qui aurait pour conséquence que l'un compense l'autre. Pour le vérifier et tester quel effet l'emporte sur l'autre, il faudrait par exemple réaliser un nouveau protocole avec un deuxième traitement SF, dans lequel les individus B seraient confrontés à des offres encore plus agressives afin d'observer leurs réactions et de comparer ces dernières à leur comportement dans le traitement SF réalisé. Une différence de comportement entre les deux traitements SF permettrait de savoir s'ils sont ou non plus agressifs par exemple dans le second traitement SF, reflétant une plus grande déception (ce qui irait dans le sens du 2^e effet évoqué).

4.6 Conclusion

Ce chapitre avait pour objectif de déterminer si le résultat d'une procédure de conciliation, assimilée à une négociation, était différent selon que cette procédure était volontaire ou imposée. Les résultats que nous avons mis en évidence contribuent, dans une certaine mesure, à nourrir les débats récurrents sur la conciliation volontaire *versus* obligatoire s'appuyant quasiment uniquement sur des arguments juridiques.

Pour justifier d'une différence possible dans le déroulement et le résultat de la négociation, principalement deux théories s'affrontent : la théorie de la motivation intrinsèque et la théorie du biais d'ancrage et d'ajustement. Tout d'abord, nous montrons

qu'il existe effectivement une différence dans le taux d'accord entre une procédure de négociation facultative et une procédure obligatoire. Ainsi, le taux d'accord est plus élevé dans le second cas que dans le premier, ce qui va dans le sens opposé à la théorie de la motivation intrinsèque dans le cadre utilisé d'une négociation bilatérale avec offres alternées.

Par ailleurs, ce taux est supérieur dans le cas où la négociation est imposée et ceci s'explique essentiellement par l'agressivité des acteurs en position dominante, tant concernant les offres qu'ils formulent (plus précisément la 1ère offre) que concernant leurs réponses. Ce comportement va dans le sens d'un biais d'ancrage et d'ajustement : ceux-ci, renonçant à un gain incertain relativement élevé, acceptent de négocier à condition d'avoir une espérance de gain relativement élevée, se rapprochant au maximum de l'espérance du gain qu'ils auraient obtenu en ne négociant pas. Ce résultat est particulièrement intéressant : en effet, l'existence d'un biais d'ancrage n'a pas, jusqu'à présent, été démontrée dans le cadre d'une négociation avec option extérieure. Alors même que les individus ont renoncé à cette option, celle-ci guide malgré tout encore leur comportement.

En outre, la conjecture selon laquelle les agents qui ne souhaitent pas négocier mais qui y sont contraints (traitement SO) s'affranchissent de cette obligation en formulant des offres extrêmes est en partie vérifiée puisque la proportion d'offres élevées est plus importante dans le cas où la négociation est imposée que lorsqu'elle est volontaire.

Dans une optique normative, nos résultats plaident clairement pour une conciliation obligatoire si l'objectif est de maximiser le taux d'accord : il apparaît que le fait d'imposer une conciliation améliore la probabilité de trouver un accord lors de la négociation. Par ailleurs, au niveau global (tous individus confondus), le taux d'accord est toujours au moins aussi élevé dans un système de conciliation obligatoire : le taux d'accord étant plus faible dans le cadre d'une conciliation facultative, alors même si tous les individus choisissaient de négocier, on ne parviendrait pas à un meilleur taux

d'accord que dans le cas où la conciliation est imposée. Cependant, la réponse à cette question dépend également d'autres éléments. En particulier, si le coût de la négociation est très élevé par rapport aux coûts judiciaires, alors le fait d'imposer une conciliation peut impliquer un coût social très important : en effet, dans le cas où le succès de la conciliation est relativement faible (peu d'accords trouvés) et le coût de la conciliation élevé, la conciliation obligatoire peut représenter un coût important par rapport aux bénéfices retirés.

Plusieurs extensions sont envisageables : il serait intéressant de prendre en compte l'aversion au risque des individus, en incluant cette caractéristique dans le modèle et en la testant par l'expérience. En effet, déterminer si l'attitude des individus vis-à-vis du risque pourrait dans une telle situation avoir un impact sur les résultats serait utile. Par ailleurs, il pourrait être instructif de comparer notre expérience avec une autre expérience dans laquelle les individus auraient chacun exactement la moitié du surplus en cas de désaccord, afin de déterminer si les comportements en seraient réellement modifiés ou pas : par exemple, il est possible que les parties parviennent plus facilement à un accord et que mises sur un pied d'égalité, les concessions qu'elles sont prêtes à réaliser soient différentes.

Annexes

Annexe A : Valeurs tirées selon une loi normale pour deux dotations différentes à partager

Ces deux tableaux ont été distribués aux participants avant le début de l'expérience. Les participants au traitement SO n'ont disposé que du second tableau, tandis que les participants du traitement SF avaient les deux tableaux en leur possession.

Tableau des 100 dernières valeurs tirées par l'ordinateur pour le partage d'une somme de 470 points									
260	311	305	276	307	302	254	274	273	297
307	273	239	245	281	325	308	299	318	295
310	242	345	371	271	324	319	235	281	281
276	255	367	295	301	281	306	271	251	266
259	296	311	299	256	268	309	246	249	299
324	270	260	291	252	276	278	335	302	252
249	261	273	348	320	306	295	301	311	306
295	305	270	242	326	252	287	287	284	299
283	306	313	250	333	291	308	317	338	262
296	325	291	270	235	287	334	305	257	278

**Tableau des 100 dernières valeurs tirées par l'ordinateur
pour le partage d'une somme de 400 points**

256	320	219	229	210	240	268	264	250	279
220	184	213	254	273	288	216	228	251	209
216	225	262	255	187	241	285	222	216	227
239	238	241	256	218	253	223	248	289	242
238	214	255	254	217	263	296	231	272	266
234	244	244	277	241	204	246	261	224	213
311	255	282	256	246	228	238	252	243	289
257	319	273	245	280	267	272	285	245	281
255	261	225	230	253	252	271	239	209	235
286	219	238	251	257	238	246	227	274	229

Annexe B :

Instructions de l'expérience (Traitement SO)

Les instructions présentées ci-dessous sont lues aux participants du traitement SO au début de l'expérience.

INSTRUCTIONS GENERALES

Vous participez à une expérience au cours de laquelle vous pouvez gagner de l'argent. La somme d'argent que vous gagnerez dépendra de vos décisions ainsi que des décisions des autres participants de l'expérience. Il est donc important de lire avec attention ces instructions.

Déroulement de l'expérience

Cette expérience comprend 20 périodes. Vous êtes désigné comme participant A ou participant B au début de l'expérience et vous gardez cette assignation pendant toute la durée de l'expérience. Vous êtes au total 20 participants, partagés en 2 ensembles de 10 participants. Au sein de chacun de ces ensembles, 5 participants sont désignés comme participants de type A et 5 participants sont désignés comme participants de type B. Au début de chaque période, des groupes de deux participants sont constitués au hasard. Chaque groupe comporte un participant A et un participant B. Ainsi, si vous êtes un participant A, vous serez en relation avec un participant B. Si vous êtes un participant B, vous serez en relation avec un participant A. Vous ne connaîtrez pas

l'identité de cette personne. Par ailleurs, le participant que vous rencontrez à chaque période est déterminé de façon aléatoire avant chaque nouvelle période.

Déroulement de chaque période

Au sein de chaque groupe, le participant A et le participant B doivent se partager un montant dont la valeur décroît dans le temps : ce montant est égal à 500 points à la première étape, 475 à la deuxième étape, 450 à la troisième étape et 400 à la quatrième étape.

Première étape. A et B doivent se partager un montant égal à 500 points. A fait une proposition à B. Cette proposition représente le **montant que A souhaite obtenir**. Ce montant peut être compris entre 0 et 500 points. B peut accepter ou refuser cette proposition.

- **Si B accepte cette proposition**, la période est terminée. A reçoit le montant correspondant à sa proposition. B reçoit la différence entre le montant à partager (500 points) et la proposition qu'il a acceptée.

Exemple : Supposons que A propose s_1 à B. Si B accepte la proposition, la période est terminée. A reçoit s_1 et B reçoit $500 - s_1$.

- **Si B refuse la proposition**, les deux participants passent à la deuxième étape.

Deuxième étape. A et B doivent se partager un montant égal à 475 points. B fait une proposition à A. Cette proposition représente le **montant que B accepte d'attribuer à A**. Ce montant peut être compris entre 0 et 475 points. A peut accepter ou refuser cette proposition.

- **Si A accepte cette proposition**, la période est terminée. A reçoit le montant correspondant à la proposition qu'il a acceptée. B reçoit la différence entre le montant à partager (475 points) et la proposition acceptée par A.

Exemple : Supposons que B propose s_2 à A. Si A accepte la proposition, la période est terminée. A reçoit s_2 et B reçoit $475 - s_2$.

- **Si A refuse la proposition**, les deux participants passent à la troisième étape.

Troisième étape. A et B doivent se partager un montant égal à 450 points. A fait une proposition à B. Cette proposition représente le **montant que A souhaite obtenir**. Ce montant peut être compris entre 0 et 450 points. B peut accepter ou refuser cette proposition.

- **Si B accepte cette proposition**, la période est terminée. A reçoit le montant correspondant à sa proposition. B reçoit la différence entre le montant à partager (450 points) et la proposition qu'il a acceptée.

Exemple : Supposons que A propose s_3 à B. Si B accepte la proposition, la période est terminée. A reçoit s_3 et B reçoit $450 - s_3$.

- **Si B refuse la proposition**, les deux participants passent à la quatrième étape.

Quatrième étape. Le montant à partager est de 400 points. La somme reçue par A est déterminée par l'ordinateur par tirage au sort entre 0 et 400 points. Ce tirage est fait au hasard, mais certaines valeurs ont plus de chances d'être choisies. Pour vous permettre de mieux connaître ce tirage, le tableau ci-joint présente les 100 dernières valeurs tirées au sort selon cette procédure. Après le tirage, A reçoit le montant tiré au sort et B reçoit la différence entre 400 et ce montant. La période est terminée.

Exemple : Supposons que la valeur tirée au sort par l'ordinateur soit s_4 . La période est terminée. A reçoit s_4 et B reçoit $400 - s_4$.

A la fin de la période, l'ordinateur vous rappellera les décisions prises à chaque période ainsi que vos gains correspondants.

Paiement de vos gains

Une fois les 20 périodes terminées, deux périodes seront tirées au sort parmi les 20 périodes. La somme des gains obtenus durant ces deux périodes sera convertie en euros sur la base de 10 points = 0,40 €. Votre gain vous sera payé en espèces de façon privée à la fin de l'expérience.

Toutes les décisions que vous prendrez ainsi que les informations qui vous seront communiquées se feront par le terminal informatique qui vous a été attribué. Il est interdit de communiquer avec les autres participants pendant l'expérience, sous peine d'exclusion de l'expérience sans paiement des gains. Avant de débiter l'expérience, nous allons vous poser quelques questions de compréhension sur ces instructions. A la fin de l'expérience, une fois les 20 périodes terminées, nous vous distribuerons une feuille sur laquelle nous vous prions de bien vouloir nous fournir des renseignements notamment concernant votre âge, genre, niveau d'études ainsi que l'université ou école fréquentée. Nous vous encourageons à prendre quelques minutes pour relire les instructions.

* * *

Si vous avez des questions concernant ce que vous venez de lire, merci de lever la main. Nous y répondrons immédiatement.

Annexe B (suite) :

Instructions de l'expérience (Traitement SF)

Les instructions présentées ci-dessous sont lues aux participants du traitement SF au début de l'expérience.

INSTRUCTIONS GENERALES

Vous participez à une expérience au cours de laquelle vous pouvez gagner de l'argent. La somme d'argent que vous gagnerez dépendra de vos décisions ainsi que des décisions des autres participants de l'expérience. Il est donc important de lire avec attention ces instructions.

Déroulement de l'expérience

Cette expérience comprend 20 périodes. Vous êtes désigné comme participant A ou participant B au début de l'expérience et vous gardez cette assignation pendant toute la durée de l'expérience. Vous êtes au total 20 participants, partagés en 2 ensembles de 10 participants. Au sein de chacun de ces ensembles, 5 participants sont désignés comme participants de type A et 5 participants sont désignés comme participants de type B. Au début de chaque période, des groupes de deux participants sont constitués au hasard. Chaque groupe comporte un participant A et un participant B. Ainsi, si vous êtes un participant A, vous serez en relation avec un participant B. Si vous êtes un participant B, vous serez en relation avec un participant A. Vous ne connaîtrez pas

l'identité de cette personne. Par ailleurs, le participant que vous rencontrez à chaque période est déterminé de façon aléatoire avant chaque nouvelle période.

Déroulement de chaque période

Un nombre de points doit être partagé à chaque période entre le participant A et le participant B. **Au début de chaque période**, chacun des membres du groupe (participant A et participant B) choisit entre deux options : l'Option X et l'Option Y.

- SI LES DEUX MEMBRES DU GROUPE CHOISISSENT L'OPTION X :

A et B doivent se partager un montant dont la valeur décroît dans le temps : ce montant est égal à 500 points à la première étape, 475 à la deuxième étape, 450 à la troisième étape et 400 à la quatrième étape.

Première étape. A et B doivent se partager un montant égal à 500 points. A fait une proposition à B. Cette proposition représente le **montant que A souhaite obtenir**. Ce montant peut être compris entre 0 et 500 points. B peut accepter ou refuser cette proposition.

- **Si B accepte cette proposition**, la période est terminée. A reçoit le montant correspondant à sa proposition. B reçoit la différence entre le montant à partager (500 points) et la proposition qu'il a acceptée.

Exemple : Supposons que A propose s_1 à B. Si B accepte la proposition, la période est terminée. A reçoit s_1 et B reçoit $500 - s_1$.

- **Si B refuse la proposition**, les deux participants passent à la deuxième étape.

Deuxième étape. A et B doivent se partager un montant égal à 475 points. B fait une proposition à A. Cette proposition représente le **montant que B accepte d'attribuer à A**. Ce montant peut être compris entre 0 et 475 points. A peut accepter ou refuser cette proposition.

- **Si A accepte cette proposition**, la période est terminée. A reçoit le montant correspondant à la proposition qu'il a acceptée. B reçoit la différence entre le montant à partager (475 points) et la proposition acceptée par A.

Exemple : Supposons que B propose s_2 à A. Si A accepte la proposition, la période est terminée. A reçoit s_2 et B reçoit $475 - s_2$.

- **Si A refuse la proposition**, les deux participants passent à la troisième étape.

Troisième étape. A et B doivent se partager un montant égal à 450 points. A fait une proposition à B. Cette proposition représente le **montant que A souhaite obtenir**. Ce montant peut être compris entre 0 et 450 points. B peut accepter ou refuser cette proposition.

- **Si B accepte cette proposition**, la période est terminée. A reçoit le montant correspondant à sa proposition. B reçoit la différence entre le montant à partager (450 points) et la proposition qu'il a acceptée.

Exemple : Supposons que A propose s_3 à B. Si B accepte la proposition, la période est terminée. A reçoit s_3 et B reçoit $450 - s_3$.

- **Si B refuse la proposition**, les deux participants passent à la quatrième étape.

Quatrième étape. Le montant à partager est de 400 points. La somme reçue par A est déterminée par l'ordinateur par tirage au sort entre 0 et 400 points. Ce tirage est fait

au hasard, mais certaines valeurs ont plus de chances d'être choisies. Cette procédure est appelée *ALEA*. Pour vous permettre de mieux connaître ce tirage, le tableau ci-joint présente les 100 dernières valeurs tirées au sort selon cette procédure. Après le tirage, A reçoit le montant tiré au sort et B reçoit la différence entre 400 et ce montant. La période est terminée.

Exemple : Supposons que la valeur tirée au sort par l'ordinateur soit s_4 . La période est terminée. A reçoit s_4 et B reçoit $400 - s_4$.

- SI AU MOINS L'UN DES DEUX MEMBRES DU GROUPE CHOISIT L'OPTION Y :

Le montant à partager est de 470 points. La somme reçue par A est déterminée par tirage au sort entre 0 et 470 points. La méthode utilisée par l'ordinateur est la méthode *ALEA*. Après le tirage, A reçoit le montant tiré au sort et B reçoit la différence entre 470 et ce montant. La période est terminée.

A la fin de la période, l'ordinateur vous rappellera les décisions prises à chaque période ainsi que vos gains correspondants.

Paiement de vos gains

Une fois les 20 périodes terminées, deux périodes seront tirées au sort parmi les 20 périodes. La somme des gains obtenus durant ces deux périodes sera convertie en euros sur la base de 10 points = 0,40 €. Votre gain vous sera payé en espèces de façon privée à la fin de l'expérience.

Toutes les décisions que vous prendrez ainsi que les informations qui vous seront commu-

niquées se feront par le terminal informatique qui vous a été attribué. Il est interdit de communiquer avec les autres participants pendant l'expérience, sous peine d'exclusion de l'expérience sans paiement des gains.

Avant de débiter l'expérience, nous allons vous poser quelques questions de compréhension sur ces instructions. A la fin de l'expérience, une fois les 20 périodes terminées, nous vous distribuerons une feuille sur laquelle nous vous prions de bien vouloir nous fournir des renseignements notamment concernant votre âge, genre, niveau d'études ainsi que l'université ou école fréquentée. Nous vous encourageons à prendre quelques minutes pour relire les instructions.

* * *

Si vous avez des questions concernant ce que vous venez de lire, merci de lever la main. Nous y répondrons immédiatement.

Conclusion Générale

“C’est plein de disputes, un bonheur.”

Jean Anouilh, *Antigone*

Les litiges individuels du travail font l’objet depuis une dizaine d’années d’une attention croissante. Cet intérêt s’explique principalement par la prise en compte du fait que l’efficacité du marché du travail n’est bien entendu pas déconnectée des relations de travail et surtout, que de telles relations ne peuvent s’épanouir que dans un cadre juridique adéquat. En effet, les différents textes juridiques qui se sont succédé, ayant pour objectif d’améliorer la protection de l’emploi, ont eu certes pour conséquence une survenance accrue de litiges, mais également un cadre de travail permettant l’établissement de relations de confiance entre les employeurs et les salariés. Les travaux présentés dans cette thèse illustrent l’importance des incitations générées par le système juridique au sein de la relation de travail. Le cadre juridique et plus précisément le système judiciaire ont un impact sur les incitations des différentes parties à la relation de travail et ce, que cette relation soit terminée ou qu’elle se poursuive.

Comme nous l’avons exposé, de plus en plus de travaux montrent que les règles juridiques et judiciaires ne sont pas neutres au sein de la relation de travail (*Chapitre 1*). En amont de tout litige, l’existence d’un cadre juridique joue un rôle dans les choix des parties impliquées dans la relation, notamment en termes d’investissements. Par ailleurs, ce cadre influence également les décisions de séparation des individus et la façon

dont ces séparations se déroulent. Enfin, lorsque survient un conflit, les incitations des parties à régler le litige par la voie judiciaire ou à l'amiable sont également influencées par leurs anticipations des décisions judiciaires, qui en ce sens, constituent un objet d'étude fondamental et prometteur, alors même que les éléments guidant les décisions des juges sont encore finalement largement méconnus.

L'impact des décisions judiciaires et des éléments pris en compte dans ces décisions sur les incitations des parties est analysé dans le *Chapitre 2*. Il est ainsi montré, de façon théorique, que la structure des décisions des juges du travail guide à la fois la négociation de l'indemnité de licenciement entre les parties, la renégociation salariale si la relation de travail se poursuit et enfin les incitations des deux parties à réaliser des investissements spécifiques. Ainsi, "l'ombre du système judiciaire" apparaît jouer un rôle fondamental dans ce contexte : à cet égard, il semble important de participer au débat sur le rôle de ce dernier, notamment en livrant certaines recommandations, avec une optique normative. En effet, il est démontré que dans le contexte adopté, il serait efficace que les juges tiennent compte dans leurs décisions de certains éléments économiques propres à la relation de travail, tels que la spécificité des investissements des parties, la probabilité de licenciement ou encore le pouvoir de négociation initial du salarié, l'objectif étant de rétablir une certaine égalité entre les pouvoirs de négociation des parties et ainsi, de promouvoir des niveaux d'investissements spécifiques efficaces.

Cependant, il pourrait paraître surprenant de faire référence au système judiciaire, sans considérer les incitations des parties dans le processus judiciaire (*Chapitre 3*). La plupart des systèmes judiciaires des pays développés sont constitués de plusieurs niveaux de jugements, tels que par exemple un tribunal inférieur, une Cour d'appel et une Cour Suprême appelée, en France, Cour de cassation. L'existence de ces différentes étapes du jugement sont indispensables pour permettre aux parties de pouvoir contester le jugement prononcé par un tribunal. Dans les litiges du travail, le recours à la Cour d'appel est largement utilisé par les justiciables puisque le taux d'appel sur jugements prononcés par le CPH est très élevé. Dans ces conditions, tenter de comprendre les

incitations des parties à aller plus loin dans les étapes de la chaîne judiciaire s'avère essentiel si l'objectif poursuivi est la réduction des coûts et des délais de justice. Par ailleurs, devant de tels problèmes, certains systèmes ont mis en place une possibilité de conciliation devant la Cour d'appel ; l'étude des mécanismes à l'oeuvre aux étapes successives d'un procès peut également permettre de déterminer si de tels processus sont ou non sources d'efficacité. Dans un cadre d'aversion au risque du plaignant, nous obtenons les conditions sous lesquelles les parties trouvent un arrangement amiable et sous lesquelles le plaignant décide de faire appel : ces conditions dépendent notamment du pessimisme du plaignant, des gains espérés et des probabilités de gagner chaque procès, ainsi que les coûts qui y sont associés. Nous montrons par ailleurs que l'introduction d'une phase de conciliation en appel peut être efficace, permettant ainsi une résolution des litiges plus rapide et à moindre coût.

Par ailleurs, les incitations des parties au sein de la chaîne judiciaire peuvent être liées, au-delà de la procédure classique, à certains éléments précis concernant la forme de ces procédures. En particulier, la législation impose certaines conditions dans lesquelles doivent se dérouler le procès ainsi que les négociations le précédant. Or, ces conditions peuvent avoir un impact déterminant sur les incitations des parties, *via* l'existence de considérations d'ordre psychologique, lors des échanges en vue de régler le litige à l'amiable (*Chapitre 4*). En particulier, nous étudions une caractéristique de la procédure française de conciliation des litiges du travail, à savoir le caractère imposé de la conciliation aux parties. Plus précisément, nous posons la question de l'impact de cette modalité sur le résultat-même de la conciliation, par rapport à une situation où celle-ci serait facultative, telle qu'elle est pratiquée dans d'autres pays ou pour certains types de litiges. En effet, cette différence n'est pas neutre dans les propositions d'offres amiables faites par les parties et les réponses qui y sont apportés. En effet, les résultats obtenus attestent du fait que le taux de réussite de la procédure de conciliation, ainsi que les offres proposées, sont différents selon que la procédure est volontaire ou obligatoire. Notre analyse plaide davantage pour une conciliation obligatoire, si l'objectif recherché est celui d'un taux de conciliation le plus élevé possible ; ce faisant, elle

participe ainsi aux nombreux débats juridiques portant sur la question de l'imposition d'une conciliation.

Ces différentes analyses sont en lien direct avec le développement prolifique actuel d'analyses mettant en relief le lien entre le droit au sens large et les relations de travail. Cependant, de nombreuses questions d'ordre juridique restent encore à l'heure actuelle sans réponse et mériteraient un éclairage par la théorie économique. En particulier, des comparaisons entre plusieurs systèmes juridiques amènent à s'interroger, concernant des points précis, sur la supériorité d'un système par rapport à l'autre. Par exemple, alors qu'en France, les juges du CPH ne sont pas des juges professionnels mais des juges élus par leurs pairs, la situation est inverse dans d'autres pays, comme par exemple l'Italie ou l'Espagne, où la juridiction du travail est assurée par des magistrats professionnels. Dans un contexte de remise en question de l'efficacité de certains systèmes où les juges sont des salariés/employeurs élus, pouvoir effectuer des comparaisons empiriques des facteurs pris en compte par les juges dans ces différents systèmes pourrait représenter un certain intérêt. De même, alors que la France dispose de tribunaux spécialisés dans les litiges du travail, ce n'est pas le cas pour d'autres pays, tels que l'Italie ; dès lors, cette différence peut amener à s'interroger sur l'efficacité de tels dispositifs.

Par ailleurs, certains MARL ont, jusqu'à présent, fait l'objet de relativement peu d'analyses. C'est le cas notamment de la médiation, probablement en raison de la complexité du rôle du médiateur. Pourtant, cette forme d'intervention d'un tiers dans la résolution amiable du litige se développe dans de nombreux pays et mériterait, à ce titre, que davantage d'analyses soient effectuées pour tenter d'en déterminer les conditions de réussite.

Enfin, l'économie du travail, le droit du travail et la psychologie étant des notions de plus en plus imbriquées, des analyses liant ces trois disciplines devraient continuer à se développer. En effet, si le droit exerce bien un impact sur les relations de travail et leur efficacité, ce lien est cependant soumis à la manifestation d'éléments psychologiques

qui devraient être davantage identifiés. A titre d'illustration, Oyer et Schaefer (2000) ont montré que le taux de contestation suite à un licenciement individuel aux Etats-Unis était bien supérieur à celui d'un licenciement collectif : si les raisons d'une telle différence peuvent être nombreuses, la question se pose tout de même de déterminer si certains mécanismes psychologiques ne seraient pas à l'oeuvre dans ce résultat. En effet, une certaine aversion à l'inégalité pour les pertes pourrait jouer un rôle ici, amenant les individus licenciés seuls à avoir davantage de rancœur à la suite de leur licenciement que dans un cas où ils ne sont pas les seuls à avoir été licenciés. Cette hypothèse, qui mériterait une analyse plus approfondie, n'est qu'une illustration parmi tant d'autres du possible impact de la psychologie des individus sur les litiges du travail et les relations de travail en général.

Bibliographie

Abowd, J., Kramarz, F. (2003), The Costs of Hiring and Separations, *Labour Economics*, 10(5), pp.499-530.

Addison, J., Teixeira, P. (2003), The Economics of Employment Protection, *Journal of Labor Research*, 24(1), pp.85-129.

Ashenfelter, O. (1987), Arbitrator Behavior, *American Economic Review*, 77(2), pp.342-346.

Ashenfelter, O., Bloom, D. (1984), Models of Arbitrator Behavior : Theory and Evidence, *American Economic Review*, 74(1), pp.111-124.

Ashenfelter, O., Currie, J., Farber, H.S., Spiegel, M. (1992), An Experimental Comparison of Disputes Rates in Alternative Arbitration Systems, *Econometrica*, 60(6), pp.1407-1433.

Autor, David, Donohue, J., Schwab, S. (2004), The Employment Consequences of Wrongful-Discharge Laws : Large, Small, or None at All ? *American Economic Review*, 94(2), pp.440-446.

Azetsu, K., Kumagai, T. (2006), Severance Pay and the Accuracy of Judgment, *Economics Bulletin*, 10(1), pp.1-7.

Bebchuk, L.A. (1984), Litigation and Settlement Under Imperfect Information, *Rand Journal of Economics*, 15(3), pp.404-415.

Belot, M., Boone, J., Van Ours, J. (2007), Welfare Effects of Employment Protection, *Economica*, 74(3), pp.381-396.

Belot, M., Van Ours, J. (2001), Unemployment and Labor Market Institutions : An Empirical Analysis, *Journal of the Japanese and International Economies*, 15(4), pp.403-418.

Benabou, R., Tirole, J. (2006), Incentives and Prosocial Behavior, *American Economic Review*, 96(5), pp.1652-1678.

- Bentolila, S., Bertola, G. (1990), Firing Costs and Labour Demand : How Bad is Eurosclerosis ? *Review of Economic Studies*, 57(3), pp.381-402.
- Bertola, G. (1992), Labor Turnover Costs and Average Labor Demand, *Journal of Labor Economics*, 10(4), pp.389-411.
- Bertola, G., Boeri, T., Cazes, S. (1999), Employment Protection and Labour Market Adjustment in OECD Countries : Evolving Institutions and Variable Enforcement, *Employment and Training Papers 48*, International Labor Office.
- Blanchard, O., Tirole, J. (2003), *Protection de l'Emploi et Procédures de Licenciement*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique, La Documentation Française, 76 pages.
- Blanchard, O., Tirole, J. (2004), Redesigning the Employment Protection System, *De Economist*, 152(1), pp.1-20.
- Bolton, G., Ockenfels, A. (2000), A Theory of Equity, Reciprocity, and Competition, *American Economic Review*, 90(1), pp.166-193.
- Boyer, L., Roland, H. (1992), *Adages du droit français*, Litec, 3ème édition, 1021 pages.
- Butler, C.K. (2007), Prospect Theory and Coercive Bargaining, *Journal of Conflict Resolution*, 51(2), pp.227-250.
- Cahuc, P. (2003), Pour une Meilleure Protection de l'Emploi, *Document de travail du CREST*.
- Cahuc, P., Kramarz, F. (2004), *De la Précarité à la Mobilité : Vers une Sécurité Sociale Professionnelle*, Rapport officiel au Ministre d'Etat, au Ministre des Finances et de l'Industrie, et au Ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion Sociale, La Documentation Française, 212 pages.
- Cahuc, P., Zylberberg, A. (2000), Redundancy Payments, Incomplete Labour Contracts, Unemployment and Welfare, *CEPREMAP Working Paper n°0006*.
- Cameron, C.M., Kornhauser, L.A. (2005b), Decision Rules in a Judicial Hierarchy, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 161(2), pp.264-292.
- Cameron, C.M., Kornhauser, L.A. (2005a), Appeals Mechanisms, Litigant Selection, and the Structure of Judicial Hierarchies, in J. Bond, R. Flemming and J. Rogers (Eds), *Institutional Games and the Supreme Court*, University of Virginia Press, Charlottesville, 335 pages.
- Chappe, N. (2001a), Arbitration and Incentives : How to Preclude the Chilling Effect ? *European Journal of Law and Economics*, 12(1), pp.39-45.

- Chappe, N. (2001b), L'Analyse Economique d'un Mode de Résolution des Litiges : l'Arbitrage, *Revue Française d'Economie*, 15(4), pp.187-208.
- Chappe, N. (2005), *Economie et Résolution des Litiges*, Economica, Paris, 88 pages.
- Chappe, N., Doriat-Duban, M. (2003), La Résolution des Conflits Individuels du Travail : Conciliation versus Médiation, *Revue d'Economie Politique*, 113(4), pp.551-570.
- Chaupain-Guillot, S., Guillot, O. (2007), Les absences au travail : une analyse à partir des données françaises du Panel européen de ménages, *Mimeo*.
- Che, Y.-K., Yi, J.G.(1993), The Role of Precedents in Repeated Litigation, *Journal of Law, Economics and Organization*, 9(2), pp.399-424.
- Coase, R. (1960), The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, 3, pp.1-44.
- Cooter, R. (1983), The objectives of private and public judges, *Public Choice*, 41(1), pp.107-132.
- Cooter, R., Marks, S., Mnookin, R. (1982), Bargaining in the Shadow of the Law : A Testable Model of Strategic Behavior, *Journal of Legal Studies*, 11(2), pp.225-251.
- Cooter, R., Rubinfeld, D. (1989), Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution, *Journal of Economic Literature*, 27(3), pp.1067-1097.
- Cooter, R., Ulen, T. (2007), *Law and Economics*, Addison-Wesley (Eds), 592 pages.
- Daughety, A., Reinganum, J. (2000), Appealing Judgments, *Rand Journal of Economics*, 31(3), pp.502-526.
- Deci, E.L. (1971), Effects of Externally Mediated Rewards on Intrinsic Motivation, *Journal of Personality and Social Psychology*, 18(1), pp.105-115.
- Deffains, B. (1997), L'Analyse Economique de la Résolution des Conflits Juridiques, *Revue Française d'Economie*, 12(3), pp.57-99.
- Deffains, B., Doriat-Duban, M. (2001), *L'Analyse Economique des Modes Alternatifs de Règlement des Litiges*, Rapport de synthèse pour le GIP Droit et Justice, Janvier 2001, 246 pages.
- Deffains, B., Gabuthy, Y., Lambert, E.-A. (2007), Labor Conflicts and Inefficiency of Relationship-Specific Investments : What is the Judge's Role?, *Working Paper du BETA n°2007-04*.

- Dickinson, D. (2004), A Comparison of Conventional, Final-Offer and “Combined” Arbitration for Dispute Resolution, *Industrial and Labor Relations Review*, 57(2), pp.288-301.
- Eber, N., Willinger, M. (2005), *L'économie expérimentale*, Editions La Découverte, Collection Repères, 123 pages.
- Estevez-Abe, M., Iversen, T., Soskice, D. (2001), Social Protection and the Formation of Skills : A Reinterpretation of the Welfare State, in P. Hall and D. Soskice (Eds.), *Varieties of capitalism : the Challenges facing contemporary political economies*, Oxford University Press, 560 pages.
- Falk, A., Huffman, D. (2007), Studying Labor Market Institutions in the Lab : Minimum Wages, Employment Protection and Workfare, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 163(1), pp.30-45.
- Farber, H.S. (1981), Splitting-the-Difference in Interest Arbitration, *Industrial and Labor Relations Review*, 35(1), pp.70-77.
- Farber, H.S., Bazerman, M. (1986), The General Basis of Arbitrator Behavior : An Empirical Analysis of Conventional and Final-Offer Arbitration, *Econometrica*, 54(6), pp.1503-1528.
- Fehr, E., Gächter, S. (2000), Fairness and Retaliation, *Journal of Economic Perspectives*, 14, pp.159-181.
- Fehr, E., Schmidt, K. (1999), A Theory of Fairness, Competition and Cooperation, *Quarterly Journal of Economics*, 114(3), pp.817-868.
- Fischbacher, U., Gächter, S., Fehr, E. (2001), Are People Conditionally Cooperative? Evidence from a Public Good Experiment, *Economics Letters*, 71(3), pp.397-404.
- Frey, B.S., Jegen, R. (2001), Motivation Crowding Theory, *Journal of Economic Surveys*, 15(5), pp.589-611.
- Froeb, L.M., Kobayashi, B.L. (1996), Naive, Biased, yet Bayesian : Can Juries interpret Selectively-Produced Evidence? *Journal of Law, Economics and Organization*, 12(1), pp.257-276.
- Froeb, L.M., Kobayashi, B.L. (2001), Evidence Production in Adversarial vs. Inquisitorial Regimes, *Economics Letters*, 70(2), pp.267-272.
- Galbiati, R., Vertova, P. (2007), Obligations and Cooperative Behaviour in Public Good Games, *Games and Economic Behavior*, forthcoming.

- Galdon-Sanchez, J., Güell, M. (2003), Dismissal Conflicts and Unemployment, *European Economic Review*, 47(2), pp.323-335.
- Galdon-Sanchez, J., Güell, M. (2004), Let's Go to Court ! Firing Costs and Dismissal Conflicts, *Industrial Relations Section, Princeton University, Working Paper n°823*.
- Galinsky, A.D. (2004), When to Make the First Offer in Negotiations, *Negotiation*, July.
- Gertner, R., Miller, G. (1995), Settlement Escrows, *Journal of Legal Studies*, 24(1), pp.87-122.
- Gneezy, U., Rustichini, A. (2000), Pay Enough or Don't Pay at All, *Quarterly Journal of Economics*, 115(3), pp.791-810.
- Goerke, L. (2003), Redundancy Pay and Collective Dismissals, *FinanzArchiv*, 59(1), pp.68-90.
- Goerke, L., Pannenberg, M. (2006), Severance Pay in the Shadow of the Law : Evidence for West Germany, *CESifo Working Paper Series n°1619*.
- Gould, J.P. (1973), The Economics of Legal Conflicts, *Journal of Legal Studies*, 2(2), pp.279-300.
- Grout, P.A. (1984), Investment and Wages in the Absence of Binding Contracts : A Nash Bargaining Approach, *Econometrica*, 52(2), pp.449-460.
- Grund, C. (2006), Severance Payments for Dismissed Employees in Germany, *European Journal of Law and Economics*, 22(1), pp.49-71.
- Güth, W., Schmittberger, R., Schwarze, B. (1982), An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining, *Journal of Economic Behavior and Organization*, 3, pp.367-388.
- Hadfield, G.K. (1992), Biases in the Evolution of Legal Rules, *Georgetown Law Journal*, 80, pp.583-616.
- Hart, O. (1995), *Firms, Contracts and Financial Structure*, Oxford University Press, 228 pages.
- Hart, O., Moore, J. (1988), Incomplete Contracts and Renegotiation, *Econometrica*, 56(4), pp.755-786.
- Hart, O., Moore, J. (1990), Property Rights and the Nature of the Firm, *Journal of Political Economy*, 98(6), pp.1119-1158.
- Higgins, R., Rubin, P. (1980), Judicial Discretion, *Journal of Legal Studies*, 9(1), pp.129-138.

- Holler, M., Lindner, I. (2004), Mediation as Signal, *European Journal of Law and Economics*, 17(2), pp.165-173.
- Ichino, A., Polo, M., Rettore, E. (2003), Are Judges biased by Labor Market Conditions? *European Economic Review*, 47(5), pp. 913-944.
- Ichino, A., Riphahn, R. (2005), The Effect of Employment Protection on Worker Effort, *Journal of the European Economic Association*, 3(1), pp.120-143.
- Ingleby, R. (1993), Court Sponsored Mediation : The Case against Mandatory Participation, *Modern Law Review*, 56(3), pp.441-451.
- Jeammaud, A., Vennin, F. (1993), Le contentieux du travail à partir et au-delà des chiffres, *Droit et Société*, 25, pp.395-409.
- Jeammaud, A., Pelissier, J., Supiot, A. (2000), *Droit du travail*, Précis Dalloz n°1092, pp.1106-1107.
- Jensen, M., Murphy, K. (1990), Performance Pay and Top Management Incentives, *Journal of Political Economy*, 98(2), pp.225-264.
- Kahneman, D., Tversky, A. (1974), Judgment under Uncertainty : Heuristics and Biases, *Science*, 185, pp.1124-1130.
- Kahneman, D., Tversky, A. (1979), Prospect Theory : An Analysis of Decision under Risk, *Econometrica*, 47(2), pp.263-291.
- Kaplan, S. (1994), Top Executive Rewards and Firm Performance : A Comparison of Japan and the United States, *Journal of Political Economy*, 102(3), pp.510-546.
- Kennan, J., Wilson, R. (1993), Bargaining with Private Information, *Journal of Economic Literature*, 31(1), pp.45-104.
- Klein, B., Priest, G.L. (1984), The Selection of Disputes for Litigation, *Journal of Legal Studies*, 13(1), pp.1-55.
- Laffont, J.-J., Martimort, D. (2002), *The Theory of Incentives*, Princeton University Press, 421 pages.
- Lagarenne, C., Le Roux, M. (2006), Les licenciements en 2003 : trois fois plus nombreux pour motif personnel que pour raisons économiques, *DARES, Premières Informations, Premières Synthèses*, 11(1), mars 2006.

- Landes, W. (1971), An Economic Analysis of the Courts, *Journal of Law and Economics*, 14(1), pp.61-107.
- Lazear, E. (1990), Job Security Provisions and Employment, *Quarterly Journal of Economics*, 105(3), pp.669-726.
- L'Haridon, O., Malherbet, F. (2003), Protection de l'Emploi et Performance du Marché du Travail, *Revue Française d'Economie*, 17(4), pp.21-83.
- MacLeod, W.B., Malcomson, J. (1993), Investments, Holdup, and the Form of Market Contracts, *American Economic Review*, 83, pp.811-837.
- Macey, J. (1994), Judicial Preferences, Public Choice, and the Rules of Procedure, *Journal of Legal Studies*, 23(1), pp.627-646.
- Machin, S., Manning, A. (1999), *The Causes and Consequences of Long-Term Unemployment in Europe*, in O. Ashenfelter and D.Card (Eds.), *Handbook of Labor Economics*, Elsevier Science Publisher, 928 pages.
- Malcomson, J. (1997), Contracts, Hold-up, and Labor Markets, *Journal of Economic Literature*, 35(4), pp.1916-1957.
- Malo, M. (2000), A Simple Model of Severance Pay Determination : The Case of Individual Dismissals in Spain, *Labour*, 14(2), pp.269-290.
- Malo, M., Perez, J. (2003), Individual Dismissals in Europe and the United States : A Model on the Influence of the Legal Framework on Firing costs, *European Journal of Law and Economics*, 15, pp.47-63.
- Marinescu, I. (2005), Are Judges Sensitive to Economic Conditions? Evidence from UK Employment Tribunals, *Mimeo*.
- Milgrom, P., Roberts, J. (1986), Relying on the Information of Interested Parties, *Rand Journal of Economics*, 17(1), pp.18-32.
- Ministère du Travail, des Affaires Sociales et de la Solidarité (2002), *Le Conseil de Prud'hommes*, La Documentation Française, 144 pages.
- Ministère du Travail, des Affaires Sociales et de la Solidarité : www.travail.gouv.fr
- Mnookin, R., Kornhauser, L. (1979), Bargaining in the Shadow of the Law : The Case of Divorce, *Yale Law Journal*, 88, pp.950-997.

- Munoz-Perez, B., Serverin, E. (2005), *Le Droit du Travail en Perspective Contentieuse, 1993 à 2003*, Rapport du Ministère de la Justice, Direction des Affaires Civiles et du Sceau.
- Muthoo, A. (1999), *Bargaining Theory with Applications*, Cambridge University Press, 357 pages.
- Muthoo, A. (2004), Bargaining, in *The Social Science Encyclopedia*, Third Edition, A. Kuper and J. Kuper (Eds.), 1184 pages.
- Nickell, S. (1997), Unemployment and Labor Market Rigidities : Europe versus North America, *Journal of Economic Perspectives*, 11(3), pp.55-74.
- OCDE (1999), *Employment Outlook*, Paris.
- OCDE (2004), *Perspectives de l'emploi de l'OCDE : 2004*, Paris.
- Oyer, P., Schaefer, S. (2000), Layoffs and Litigation, *Rand Journal of Economics*, 31(2), pp.345-358.
- Pignoni, M.-T., Zouary, P. (2003), Les nouveaux usages du licenciement pour motif personnel, *DARES, Premières Informations, Premières Synthèses*, 28(2), juillet.
- P'ng, I. (1983), Strategic Behavior of Suits, Settlement and Trial, *Bell Journal of Economics*, 14(2), pp.539-550.
- Posner, R. (1993), What do Judges Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does), *Supreme Court Economic Review*, 3, pp.1-41.
- Posner, R. (2007), *Economic Analysis of Law*, Seventh Edition, Wolters Kluwer Law and Business, 787 pages.
- Posner, R. (1998), *Economic Analysis of Law*, Fifth Edition, Aspen Law and Business, 802 pages.
- Ray, J.-E. (2005), *Droit du travail, Droit vivant*, Editions Liaisons 2005, 650 pages.
- Reinganum, J., Wilde, L. (1986), Settlement, Litigation and the Allocation of Litigation Costs, *Rand Journal of Economics*, 17(4), pp.557-566.
- Riphahn, R. (2004), Employment Protection and Effort among German Employees, *Economics Letters*, 85(3), pp.353-357.

- Rubin, P. (1999), Judge-made Law, *in* B.Bouckaert and G. de Geest (Eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*.
- Rubinstein, A. (1982), Perfect Equilibrium in a Bargaining Model, *Econometrica*, 50(1), pp.97-109.
- Ruehmann, P., Suedekum, J. (2003), Severance Payments and Firm-specific Human Capital, *Labour*, 17, pp.47-62.
- Saint-Paul, G. (2000), *The Political Economy of Labor Market Institutions*, Oxford University Press, 286 pages.
- Schelling, T. (1960), *The Strategy of Conflict*, Harvard University Press, 328 pages.
- Schneider, M. (2005), Employment Litigation on the Rise? Comparing British Employment Tribunals and German Labor Courts, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 22(2-3), pp.261-280.
- Schweizer, U. (1989), Litigation and Settlement under Two-Sided Incomplete Information, *Review of Economic Studies*, 56(2), pp.163-177.
- Segal, U., Stein, A. (2006), Ambiguity Aversion and the Criminal Process, *Notre Dame Law Review*, 81(4), pp.1495-1552.
- Shapiro, C., Stiglitz, J. (1984), Equilibrium Unemployment as a Worker Discipline Device, *American Economic Review*, 74(3), pp.433-444.
- Shavell, S. (1982), Suits, Settlement and Trial : a Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs, *Journal of Legal Studies*, 11(1), pp.55-81.
- Shavell, S. (1995), The Appeals Process as a Means of Error Correction, *Journal of Legal Studies*, 24(2), pp.379-426.
- Shavell, S. (2006), The Appeals Process and Adjudicator Incentives, *Journal of Legal Studies*, 35(1), pp.1-30.
- Smith, G. (1998), Unwilling Actors : Why Voluntary Mediation Works, Why Mandatory Mediation Might Not, *Osgoode Hall Law Journal*, 36(4), pp.847-885.
- Smith, V.L. (1962), An Experimental Study of Competitive Market Behavior, *Journal of Political Economy*, 70(2), pp.111-137.

- Smith, V.L. (1982), Microeconomic Systems as an Experimental Science, *American Economic Review*, 72(5), pp.923-955.
- Spier, K. (1992), The Dynamics of Pretrial Negotiation, *Review of Economic Studies*, 59(1), pp.93-108.
- Stigler, G. (1971), The Theory of Economic Regulation, *Bells Journal of Economics and Management Science*, 2(1), pp.3-21.
- Suedekum, J., Ruehmann, P. (2003), Severance Payments and Firm-Specific Human Capital, *Labour*, 17(1), pp.47-62.
- Szrek, H., Baron, J. (2007), The Value of Choice in Insurance Purchasing, *Journal of Economic Psychology*, 28(5), pp.529-544.
- Tirole, J. (1999), Incomplete Contracts : Where Do We Stand? *Econometrica*, 67(4), pp.741-781.
- Tullock, G. (1971), *The Logic of the Law*, New York, Basic Books.
- Tullock, G. (1980), *Trials on Trial : The Pure Theory of Legal Procedure*, Columbia University Press, 255 pages.
- Titmuss, R.M. (1970), *The Gift Relationship*, London School of Economics and Political Science (Eds.), 345 pages.
- Villeval, M.-C. (2007), Experimental Economics : Contributions, Recent Developments and New Challenges, *Working paper du GATE 2007-06*.
- Von Neumann, J., Morgenstern, O. (1944), *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University Press.
- Wall, J., Stark, J., Standifer, R. (2001), Mediation : A Current Review and Theory Development, *Journal of Conflict Resolution*, 45(3), pp.370-391.
- Wasmer, E. (2006), Interpreting Europe-US Labor Market Differences : the Specificity of Human Capital Investments, *American Economic Review*, 96(3), pp.811-831.
- Weisbach, M. (1988), Outside directors and CEO turnover, *Journal of Financial Economics*, 20, pp.431-460.
- Yaari, M. (1987), The Dual Theory of Choice under Risk, *Econometrica*, 55(1), pp.95-116.

Table des matières

Remerciements	i
Résumé	iii
Abstract	v
Sommaire	viii
Introduction Générale	1
1 Droit du travail, licenciement individuel et incitations	13
1.1 La détermination des indemnités de licenciement	16
1.1.1 Indemnités de licenciement et négociation	19
<i>a)</i> Les analyses théoriques	19
<i>b)</i> Les études empiriques	23
1.1.2 Indemnités de licenciement et motif de la séparation	27
1.2 Les effets des indemnités de licenciement	32
1.2.1 L'impact ex-ante du licenciement : les incitations à l'investissement	33
<i>a)</i> Les analyses théoriques	33
<i>b)</i> Les études empiriques	39
1.2.2 L'impact ex-post du licenciement : le rôle du système judiciaire	42
<i>a)</i> Procédure de résolution et évolution quantitative des litiges du travail	42
<i>b)</i> La place du système judiciaire dans les litiges du travail	47
1.3 Conclusion	53

Annexes	55
2 Litiges du travail, décisions d'investissement et système judiciaire	59
2.1 Littérature	62
2.1.1 Les analyses relatives au systèmes judiciaire	63
2.1.2 Les analyses relatives à l'impact de la protection de l'emploi . . .	65
2.2 La relation entre investissements spécifiques et système judiciaire . . .	68
2.2.1 Le cadre théorique	68
a) Etat du monde 1	69
b) Etat du monde 2	72
2.2.2 Le résultat de la négociation	73
2.2.3 Investissements d'équilibre	76
2.2.4 Le comportement optimal du juge	78
2.3 Conclusion	83
Annexes	86
3 Litiges du travail, procès en appel et incitations des parties	91
3.1 Littérature relative au processus d'appel	97
3.2 Littérature relative aux conflits juridiques	102
3.3 Le modèle de Yaari	106
3.3.1 Cadre général du modèle de Yaari	107
3.3.2 L'aversion au risque dans le modèle de Yaari	108
3.4 Modèle théorique et résultats	109
3.4.1 La résolution les litiges dans un système à trois étapes	112
3.4.2 La résolution des litiges dans un système à quatre étapes	119
3.5 Conclusion	123
Annexes	125
4 Le rôle de la propension à négocier dans la résolution des litiges	127
4.1 Arguments et débats juridiques	133
4.2 Modèle théorique général	136

4.3	Le protocole expérimental	144
4.3.1	Les traitements expérimentaux	145
4.3.2	Le déroulement de l'expérience	147
4.4	Prédictions et conjectures théoriques	148
4.4.1	Prédictions théoriques	148
4.4.2	Conjectures psychologiques	150
	<i>a)</i> La théorie de la motivation intrinsèque	150
	<i>b)</i> L'effet d'ajustement et d'ancrage	152
4.4.3	Contournement de l'obligation et offres extrêmes	154
4.5	Résultats expérimentaux	156
4.5.1	Statistiques générales	156
4.5.2	Le taux d'accord	157
4.5.3	Les offres proposées	159
	<i>a)</i> Caractéristiques de tendance centrale	159
	<i>b)</i> Structure des offres dans chaque traitement	162
4.5.4	Les réponses aux offres proposées	166
4.6	Conclusion	169
	Annexes	172
	Conclusion Générale	183
	Bibliographie	189
	Table des matières	199